

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34

АПФ



5
БЕОГРАД, 1982.

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ: др
Михаило Константиновић (1953—1960), др Милан Бартош,
заменик др Борислав Т. Благојевић (1960—1966), др Воји-
слав Бакић (1966—1978), др Војислав Симовић (1978—1982).

УРЕБИВАЧКИ ОДБОР:

Др Обрен Станковић (главни и одговорни уред-
ник), др Зоран Видаковић (заменик гл. и одго-
ворног уредника), др Владимир Јовановић, др
Јелена Даниловић, др Верољуб Рајовић, др Сте-
ван Врачар, др Владимир Милић, др Миленко
Крећа, др Дејан Половић (секретар Уређивачког
одбора) и др Стеван Лилић.

Технички уредник Вукосава Манојловић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXX

септембар — октобар

Број 5

UDK 34

YU — ISSN 003 — 2565

САДРЖАЈ

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

<i>др Јелена Даниловић</i> : Историјски осврт на деобу права на јавно и приватно — — — — —	623
<i>мр Владимир Водинелић</i> : Разликовање јавног и приватног права — — — — —	657
<i>др Живомир Борђевић</i> : Могућност деобе нашег права на јавно и приватно право — — — — —	711
<i>др Стеван Врачар</i> : Основи разликовања „јавног” и „приватног” права — — — — —	747

ДИСКУСИЈА

<i>др Радомир Лукић</i> : Више посебних подела уместо поделе на јавно и приватно право — — — — —	819
<i>др Сима Аврамовић</i> : О подели на јавно и приватно право у праву грчких полиса — — — — —	821
<i>др Стеван Врачар</i> : Запис о „јавном” и „приватном” праву — — — — —	827
<i>др Стеван Лилић</i> : Елементи одређивања домена „јавног” права у нас — — — — —	837
<i>др Радомир Буровић</i> : Систем права и релативност поделе на јавно и приватно — — — — —	843
<i>др Будимир Кошутић</i> : Прилог дискусији о подели права на јавно и приватно — — — — —	846
<i>Драган Митровић</i> : О односу јавног, приватног, државног и самоуправног права — — — — —	852
<i>др Петар Радуловић</i> : Осврт на значај и развој самоуправног права у нашем правном систему — — — — —	857
<i>др Обрен Станковић</i> : О односу између грађанског и приватног права и о називу „Грађанско право” — — — — —	861
<i>др Марко Младеновић</i> : Место породичног права у правном систему — — — — —	865
<i>мр Владимир В. Водинелић</i> : Класификација теорије о подели права на јавно и приватно — — — — —	871
<i>др Живомир Борђевић</i> : Осврт на неке ставове из дискусије проф. Будимира Кошутића — — — — —	872

ПРИКАЗИ

<i>мр Борђе Лазин</i> : мр Борђе Лопичић и мр Никола Мемедовић: Библиографија кривичног права Југославије —	878
---	-----

<i>мр Владимир Водинелић</i> : Michael R. Will, Quellen Erhöhter Gefahr — — — — — — — — — —	881
<i>мр Љиљана Дорониќ</i> : др Душан Јаковљевић, Рехабилитација у кривичном праву — — — — — — — — — —	891
<i>Драгољуб Поповић</i> : Christian Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem — — — — — — — — — —	899
<i>Драгољуб Поповић</i> : Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht — — — — — — — — — —	903
<i>Јасминка Хасанбеговић</i> : Georg Vilhelm Fridrih Hegel, Правни и политички списи — — — — — — — — — —	907
<i>Дубравка Стајић</i> : Gustav Radbruch, Филозофија права	916

БЕЛЕШКЕ

<i>мр Зоран Томић</i> : О правничком колоквијуму Правног факултета Универзитета у Београду и Универзитета Париз I — — — — — — — — — —	921
<i>мр Зоран Томић</i> : Саветовање „О односима између савезних органа управе и органа управе у републикама и аутономним покрајинама са посебним освртом на извршавање савезних закона и других општих аката” — —	929

TABLE OF CONTENTS

ORIGINAL ESSAYS

<i>dr Jelena Danilović</i> : A historical review of the division of law into public law and private law — — — — — — — — — —	623
<i>mr Vladimir Vodinelić</i> : Michael R. Will, The distinction between public law and private law — — — — — — — — — —	657
<i>dr Živomir Đorđević</i> : The possibility of division of Yugoslav law into public law and private law — — — — — — — — — —	711
<i>dr Stevan Vračar</i> : The basis for the distinction between public law and private law — — — — — — — — — —	747

DISCUSSION

<i>dr Radomir Lukić</i> : Several particular divisions instead of the division into public and private law — — — — — — — — — —	819
<i>dr Sima Avramović</i> : On the division into public and private law in the laws of the Greek polises — — — — — — — — — —	821
<i>dr Stevan Vračar</i> : An observation on „public” and „private” law — — — — — — — — — —	827
<i>dr Stevan Lilić</i> : Elements of determination of scope of „public” law in Yugoslavia — — — — — — — — — —	837
<i>dr Radomir Đurović</i> : The system of law and the relativity of the division into public and private law — — — — — — — — — —	843
<i>dr Budimir Košutić</i> : A supplement to the discussion on the division of law into public and private — — — — — — — — — —	846
<i>Dragan Mitrović</i> : On the relationship between public and private, „state” and self-management law — — — — — — — — — —	852

<i>dr Petar Radulović</i> : A review of the significance and development of self-management law in our legal system — —	857
<i>dr Obren Stanković</i> : On the relationship between civil and private law and the term „Civil Law” — — — —	861
<i>dr Marko Mladnović</i> : The position of Family Law in the legal system — — — — — — — — — —	865
<i>mr Vladimir V. Vodinelić</i> : Classification of the theories on the division of law into public and private law — —	871
<i>dr Živomir Đorđević</i> : A review of certain views from the discussion of prof. Budimir Košutić — — — — —	872

REVIEWS

<i>mr Đorđe Lazin</i> : mr Đorđe Lopičić and mr Nikola Memedović, Bibliography of the Yugoslav Criminal Law — —	878
<i>mr Vladimir Vodinelić</i> : Michael R. Will, Quellen Erhöhter Gefahr — — — — — — — — — —	881
<i>mr Ljiljana Doronjski</i> : dr Dušan Jakovljević, Rehabilitation in the Criminal Law — — — — — — — — — —	891
<i>Dragoljub Popović</i> : Christian Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem — — — — — — — — — —	899
<i>Dragoljub Popović</i> : Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht — — — — — — — — — —	903
<i>Jasminka Hasanbegović</i> : Georg Vilhelm Fridrih Hegel, Legal and political papers — — — — — — — — — —	907
<i>Dubravka Stajić</i> : Gustav Redbruch, The philosophy of law	916

NOTES

<i>mr Zoran Tomić</i> : On the Jurist Colloquy of the Law Faculty of Belgrade University and the Paris University — — —	921
<i>mr Zoran Tomić</i> : Consultative Conference „On the relationship between federal administrative organs and the administrative organs of the individual republics and autonomous provinces with a particular review of the implementation of federal laws and other acts” — — — — —	929

TABELE DES MATIERES

ARTICLES DE FOND

<i>dr Jelena Danilović</i> : Aperçu historique sur la division du droit en droit public et droit privé — — — — —	623
<i>mr Vladimir Vodinelić</i> : La différenciation du droit public et du droit privé — — — — — — — — — —	657
<i>dr Živomir Đorđević</i> : La possibilité de la division du droit yougoslave en droit public et droit privé — — — — —	711
<i>dr Stevan Vračar</i> : Les fondements de la différenciation du droit „public” et du droit „privé” — — — — —	747

DISCUSSION

<i>dr Radomir Lukić</i> : Plusieurs divisions particulières au lieu de la division en droit public et droit privé — — — —	819
<i>dr Sima Avramović</i> : La division en droit public et droit privé dans le droit des polices grecques — — — —	821
<i>dr Stevan Vračar</i> : La division du droit „public” et droit „prive” — — — — — — — — — — — — — — — —	827
<i>dr Stevan Lilić</i> : Eléments de la détermination du domaine du droit „public” en Yougoslavie — — — — — — — —	837
<i>dr Radomir Đurović</i> : Le système du droit et la relativité de la division du droit en droit public et droit privé — —	843
<i>dr Budimir Košutić</i> : Contribution à la discussion sur la division du droit en droit public et droit privé — — —	846
<i>Dragan Mitrović</i> : Le rapport entre le droit public, le droit privé et le droit de l'autogestion — — — — — — — —	852
<i>dr Petar Radulović</i> : Aperçu sur l'importance et le développement du droit autogestionnaire dans le système juridique yougoslave — — — — — — — — — — — — — —	857
<i>dr Obren Stanković</i> : Du rapport entre le droit civil et du droit privé et du nom „Droit civil” — — — — — — — —	861
<i>dr Marko Mladenović</i> : La place du droit familial dans le système juridique — — — — — — — — — — — — — —	865
<i>mr Vladimir V. Vodinelić</i> : La classification des théories relatives à la division du droit en droit public et droit privé	871
<i>dr Živomir Đorđević</i> : Aperçu sur certaines attitudes de la discussion du professeur Budimir Košutić — — — — —	872

COMPTES RENDUS

<i>me Đorđe Lazin</i> : Me Đorđe Lopičić et Me Nikola Memedović: La bibliographie du droit criminel de la Yougoslavie	878
<i>mr Vladimir Vodinelić</i> : Michael R. Will, Quellen Erhöhter Gefahr — — — — — — — — — — — — — — — —	881
<i>me Ljiljana Doronjski</i> : dr Dušan Jakovljević, La réhabilitation dans le droit criminel — — — — — — — — — — —	891
<i>Dragoljub Popović</i> : Christian Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem — — — — — — — — — — — — — —	899
<i>Dragoljub Popović</i> : Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht — — — — — — — — — — —	903
<i>Jasminka Hasanbegović</i> : Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ecrits juridiques et politiques — — — — — — — — — —	907
<i>Dubravka Stajić</i> : Gustav Hadbruch, La philosophie du droit	916

NOTES

<i>me Zoran Tomić</i> : Le colloque juridique de la Faculté de droit de l'Université de Belgrade et de l'Université de Paris I	941
<i>mr Zoran Tomić</i> : Consultation sur „Les rapports entre les organes fédéraux de l'administration et les organes de l'administration dans les républiques fédérées et les provinces autonomes, avec un aperçu spécial sur l'exécution des lois fédérales et des autres actes généraux” — — — — —	929

У организацији „Анала” и Института за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду (Одељење за имовинско-правне и породичне односе) на Правном факултету у Београду одржано је 20. маја 1982. године саветовање на тему: „Подела права на јавно и приватно и на поједине гране права”. Референти на овом скупу били су проф. др Јелена Даниловић, проф. др Живомир Борђевић и асистент мр Владимир Водинелић, чије реферате заједно са накнадно достављеном студијом проф. др Стевана Врачара објављујемо у рубрици „Чланци”. Остале материјале са саветовања (писмена саопштења и ауторизоване дискусије) објављујемо у рубрици „Прилози”.

Редакција „Анала” ће наставити са праксом организовања саветовања о појединим питањима од посебног интереса за читаоце и шири круг правника, у нади да ће расправа о њима тако постати плодноснија.

Редакциони одбор „Анала”

др Јелена Даниловић, професор
Правног факултета у Београду

UDK — 340.11(091)

ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ НА ДЕОБУ ПРАВА НА ЈАВНО И ПРИВАТНО

Подела права на јавно и приватно је пре свега догматске, правнотехничке природе, дело је правне науке и као таква ослања се, као и многи други инструменти којима се служи савремена правна наука, на римско право. Међутим, као што је познато римски правници били су пре свега пракатичари, не много склони теоријским систематизацијама права, нарочито не у доба пре позне класике, па се ни поделом права на јавно и приватно нису много бавили. Осим тога, римски појам *ius publicum* имао је током римске правне историје различита значења и најчешће се подударало са савременим појмом јавно право.

Покушаћемо да што сажетије изложимо шта је све за Римљане значило *ius publicum* и у каквом је односу стојао према оном делу права који се називао *ius privatum*. Затим ћемо се осврнути на пут који је пређен у правним школама у Европи почевши од XII века да би се, на основу римских извора и тадашњих друштвено-правних потреба, постепено дошло до систематске поделе права на јавно и приватно.

I.

1. За пандектисте прошлога века било је неспорно да *ius publicum* значи исто што и јавно право у модерној теорији и да су поделу права на јавно и приватно као *summa divisio* створили римски правници. Данас се зна да је то само делимично тачно, али је још увек спорно шта је за Римљане значило *ius publicum*, па према томе, и *ius privatum*.

Да би се виделе тешкоће на које се наилази у истраживању овог питања и сагледала његова сложеност, навешћемо неколико значајнијих изворних текстова.

Једини сачувани изворни текст посвећен подели права на јавно и приватно је један фрагмент из Улпијанових Институција, унет у Јустинијанова Дигеста и, са неким скраћењима, у Јустинијанове Институције.¹⁾ У Дигестима он у преводу гласи: „Ове студије могу се обављати са две позиције, јавног и приватног права. Јавно право је оно које се односи на положај римске државе, а приватно се тиче користи појединаца: неке ствари су, наиме, од јавног интереса, а неке од приватног. Јавно право се састоји од правила која се односе на култ, свештенство и магистрате, а приватно је тројеврсно: састоји се од одредаба природног права, *ius gentium* и цивилног права.“

Посматран у односу на даљи развој, овај фрагмент је изузетно значајан. Улпијанова подела прихваћена је у правним школама новијег доба као основ и полазна тачка у развоју који ће довести до поделе права на јавно и приватно у савременим правним системима који су изграђени под утицајем римског права и римске правне науке. Из тог текста црпљени су и аргументи у прилог те поделе. Питање је да ли би европско-континентална права икада створила ту дводеобу да Трибонијанова комисија није одлучила да Улпијанов текст репродукује у уводним поглављима две књиге Јустинијановог корпуса.

Међутим, са гледишта историјске науке, Улпијанов текст нема тај значај. Он је подвргнут многострукој критици, укаzano је на његове недостатке, на постојање интерполација²⁾ па је чак и оспорено да је Улпијан тако нешто написао³⁾. И заиста, у тексту се уочавају многе мане, нарочито недоследност у примењеним критеријумима, што не би смео себи да дозволи у уводном предавању својим студентима велики Домиције Улпијан. *Ius publicum* одређен је према предмету регулација, а *pri-*

¹⁾ Д. 1.1.1.2 (Ulp. lib. 1. Instit.): Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei publicae Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privati. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit, privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praecceptis aut gentium aut civilibus. — У Јуст. Инст. (1.1.4) изостављена је реченица о јавној приватној користи, а текст се завршава са „in magistratibus consistit“.

²⁾ Pernice, Zeitschrift der Savigny Stiftung (у даљем овај часопис наводиће се као Z.S.S.) 19, 1953. стр. 157. Преглед радова у којима је Улпијанов текст подвргнут критичкој анализи даје Р. Leuregans, Testamenti factio non privati sed publici iuris est. *Revue historique de droit franc, et étranger*, 53, св. 2, 1975, примедба 18.

³⁾ F. Wieacker, *Terstufen römischer Juristen*, Göttingen, 1960., стр. 206 и даље.

vatum према интересима које штити. Ово је допуњено констатацијом да постоје јавни и приватни интереси, што су још републикански правци научили проучавајући грчку филозофију⁴⁾, а данас многи сматрају да је то у Улпијановом тексту интерполација. У наредној реченици опет наилазимо на несиметрију: таксативно се набрајају правила која улазе у *ius publicum*, док се *ius privatum* одређује према пореклу правила која га сачињавају — то су три традиционално разграничене масе правних норми према начину на који су формиране, *ius naturalae*, *ius gentium* и *ius civile*. И најзад, уочавају се и неке нетачности. *Ius gentium*, чија *praescripta*, према овом тексту сачињавају *ius privatum*, регулише, поред осталог и права и обавезе амбасадора, а *ius civile* објаву рата; та би материја очигледно требало да буде *ius publicum*, што показује недостатке критеријума примењених за *ius privatum*.⁵⁾

Међутим, и поред свих недостатака, не може се тврдити да овај текст није написао Улпијан. Улпијан је и у другим покушајима систематизације правних услова поступао доста неспретно и са недовољном доследношћу⁶⁾, а и иначе код њега не треба тражити прецизност и елегантан стил ранијих класичара. Исто тако није битно да ли је и у којој мери оригиналан текст претрпео измене. Фрагмент несумњиво садржи Улпијанову мисао, јасно се види како је извршена подела права, а и сврха тог излагања. Да су у питању педагошки разлози, може се закључити не само на основу тога што је фрагмент узет из уџбеника, већ и што почиње речима да се студије права могу вршити са две позиције. Из фрагмента се исто тако може са сигурношћу закључити, да је *ius publicum* право које регулише римско државно уређење и питања култа, а све остало је *ius privatum*.

Други текстови позних класичара пружају сасвим другачију слику, а неки, па и самог Улпијана, директно противу-рече овој дводеоби права. Ниједан други текст није експлицитан, није посвећен подели права на јавно и приватно, већ је само употребљен термин *ius publicum* или *ius privatum*.

⁴⁾ Упор. J. Gaudemet, *Cours de Droit romain approfondi de Docteur*, Paris 1949—50. (шапилограф.) стр. 183. и даље.

⁵⁾ Слично и Leuregans, нав. дело, стр. 230.

⁶⁾ Улпијан је један од ретких класичних правника који су имали извесну склоност ка систематизацијама права, али су његове класификације мање успешне од Гајевих, које су логичне и „чисте”. Пример недовољно доследно спроведене систематизације је и Улпијанова класификација преторових едиката, упор. Ј. Јоцић, *Интердиктна заштита као вид преторовог утицаја на развој римског права*, Нови Сад, 1982., докт. дисертација, стр. 229 и даље.

Улпијанов учитељ Папинијан саопштава да је *testamenti factio*, способност сачинити тестамент, регулисана јавним, а не приватним правом.⁷⁾ У тзв. Фалцинијевом закону, чији је текст репродукован у Дигестама, речено је да сваки римски грађанин може ише *iure publico* располагати својом имовином путем тестамент.⁸⁾ У једном другом фрагменту, Папинијан даје правно мишљење да се обавеза из стипулације, коју је по жељи тестатора уговорио тестаментарни наследник, не мора испунити, јер је противна јавном праву⁹⁾ Према мишљењу Папинијана ни неке одредбе фидеикомиса не морају се поштовати *iure publico*¹⁰⁾

Паул у једном тексту сврстава одредбе о миразу у јавно право, изјављујући да се функција мираза не може мењати пактима, јер споразуми појединаца не могу мењати оно што је јавно право¹¹⁾ Помпоније каже да градитељи неће морати да поштују обавезе преузете према трећим лицима у односу на оне ствари на којима је *iure publico* стекао својину одржајем¹²⁾

И сам Улпијан примењује термин *ius publicum* у значењу које очигледно не одговара ономе што је изложио у својим институцијама. Он у једном тексту пише да се споразумом странака не може отклонити примена правила да онај, ко добије нешто из мираза умрле жене, мора да сноси и њене погребне трошкове, јер је то правило *ius publicum*. У питању је *actio funeraria*, тужба која се подноси на захтев заинтересованог лица и спор се води по грађанском судском поступку.¹³⁾ У другом

⁷⁾ D. 28.1.3 (Pap. lib. 14. quaest.): *Testamenti factio non privati sed publici iuris est.*

⁸⁾ Фалцинијев закон репродукује Паул у D. 25.2.1. pr. У другом поглављу закона пише: „... quicumque civis Romanus ... testamentum faciet, his quantum coique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto.”

⁹⁾ D 35.2.15.1. (Pap. lib. 13. respons.): „privatorum cautione legibus refragandum non esse et ideo sororem ius publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.” Сестра умрлог је тестаментарни наследник, па се стипулацијом, по жељи тестатора, обавезала да ће исплатити легат у пуном износу, без обзира на то што прелази законом утврђен максимум.

¹⁰⁾ D. 38.1.42 (lib. 9. resp.): „nam iuri publico derogare non potuit qui fideicommissariam libertatem dedit.”

¹¹⁾ Paul Sent. 1.1.6. (Cons. 4,3): „Function dotis pacto mutari non potest, quia privati conventio iuri publico nihil derogat”.

¹²⁾ D. 39.2.18.1 (Pompon. — Paulus 1.48 ad edict.): „... Quod opere facto consecutus sit dominii capione promissor, non teneri eum eo nomine Pomponius ait, quia nec loci nec operis vitio, sed publico iure id consecutus sit.” Да Помпоније овде мисли на стицање својине одржајем први је написао Кујације, и данас се то сматра неспорним.

¹³⁾ D. 11.7.20 pr. (Neratius — Ulp. 1 25 ad edictum). Нерације кога цитира Улпијан решава следећи правни случај: Муж се стипулацијом обвезао да ће после женине смрти вратити само две трећине мираза и уго-

тексту Улпијан каже да се споразумом дуовира не може тутор ослободити обавезе да подносе обрачун пупили у време када она стекне пунолетство, јер је та обавеза *ius publicum*.¹⁴⁾ Од њега потиче и општа формулација правила да се уговорима појединица не може мењати *ius publicum*¹⁵⁾, али он није први који је то правило формулисао, нити га је најлепше формулисао. Много је лепша, чини нам се, та иста изрека у једном фрагменту Папинијана: „*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”.¹⁶⁾

Питањем шта је за римску правну науку значила подела права на јавно и приватно, посебно шта значи термин *ius publicum*, посвећено је много радова. У последње време тим питањем бавило се и неколико еминентних романиста, али се још увек не сматра да је оно решено.

Тешкоће у истраживању овог питања проистичу не само из тога што осим Улпијановог ниједан други текст се не бави овом поделом и што су у њима појмови *ius publicum* и *ius privatum* употребљени, очигледно, у значењима која нису иста, већ је и број сачуваних извора мали. У Јустинијановим Дигестима израз *ius publicum* употребљен је само тридесетак пута, а *ius privatum* седам пута¹⁷⁾. У Кодексу се први израз налази у 28 конституција, а други само у осам.¹⁸⁾ Нешто података може се наћи у неправним изворима, а највише код Цицерона¹⁹⁾

За разлику од мишљења пандектиста у савременој романистици је неспорно да римско разликовање *ius publicum* — *ius privatum* није исто што и данашња деоба права на јавно и приватно. Поред тога, данас преовлађује гледиште да се римски *ius publicum* не може поистоветити са појмом *ius cogens*, што

ворено је да он неће сносити погребне трошкове. Лице које је извршило сахрану са *actio funeraria* тражи од мужа да му надокнади трошкове сахране. Нерацији даје тужиоцу за право и сматра да се муж не може ослободити обавезе на основу закљученог пакта „*quia pacto hoc publicum ius infringi non possit*.”

¹⁴⁾ D. 27.8.1.9 (Ulp. lib. 36. ad edict.): „...conventionem enim duovirum ius publicum mutari non potest.

¹⁵⁾ D. 50.17.45.1 (Ulp. lib. 30. ad edict.): Privatorum conventio iuri publico non derogat.

¹⁶⁾ D. 2.14.38 (Pap. lib. 2, quaest.).

¹⁷⁾ *Ius privatum* се у Дигестима може наћи само у овим фрагментима: у два већ цитирана текста. Ulp. D. 1.1.1.2 и Pap. D. 28.1.3. и још у D. 1.2.2.46; D. 4.5.6.; D. 8.1.1.14.1; D. 39. 1.5.19 и D. 43.12.4.

¹⁸⁾ Подаци о учесталости термина *ius privatum* и *ius publicum* у Јустинијановом кодексу, дати су према наводима у раду Н. Ankum, *Verbotsgesetze und Ius Publicum*, Z.S.S. 97 (1980.) стр. 312, прим. 109.

¹⁹⁾ Анализу Цицеронових текстова у којима се помињу ови термини дао је Ц. Ломбарди, *Il concetto di „ius publicum” negli scritti di Cicerone*, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, Торино, 1938—39.

је раније било владајуће схватање. Већина норми које су за Римљане биле *ius publicum*, биле су принудне, али не све. Принудни карактер је само једна од особина које има *ius publicum* и они то повремено истичу; они и не познају термин *ius cogens* и нигде није изричито речено да је *ius publicum* принудно право.²⁰⁾

Данас је, дакле, неспорно шта *ius publicum* није, али је спорно шта он јесте и шта стоји насупрот њему као *ius privatum*, те какав је значај имало ово разликовање. Изложићемо, укратко, закључке до којих је почетком овога века дошао Ерлих²¹⁾, с обзиром да је његова теза дуго времена била опште прихваћена, а затим резултате до којих се дошло у новијим истраживањима овог проблема.

На основу анализе већег броја текстова Ерлих је закључио да је *ius publicum* има два значења: право које се односи на организацију и функцију државе (*Staatsrecht*) и право које ствара држава (*staatliches Recht*). У овом другом значају *ius publicum* су закони и плебисцити, а доцније су тим термином означаване и сенатске одлуке, царске конституције и кодификовани преторски едикт. Право стварано другим путевима, на пример делатношћу правника, није било *ius publicum*.

У новијим радовима се, међутим, доказује да је термин *ius publicum* имао увек исто значење, при чему се или сматра да је подела права извршена у Улпијановим институцијама неважна, па се занемарује, или се и она тумачи шире. У монографији посвећеној забрањеним пословима у римском и у средњевековном праву, Хорус је добар део рада посветио и овом питању²²⁾. Он доказује да *ius publicum* значи „позитивно право“,

²⁰⁾ Схватање да је за римске правнике *ius publicum* био термин који је значао исто што и принудно право заступали су дуго италијански романисти, ослањајући се углавном, на радове Бонфантеа и Силвија Романа: Р. Bonfante, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato. Scritti giuridici varii*, IV, Roma, 1925. Romano Silvio: *La distinzione fra „ius publicum“ e „ius privatum“ nella giurisprudenza romana. Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940. У савременој романистици то је схватање напуштено. Чињеница је да постоје текстови у којима се *ius publicum* називају и оне царске конституције којима се уводе диспозитивна правна правила. Напр. правило да се не морају тражити обезбеђења за извршење легата (*hodie iure publico*). У *Par. D.* 35.1. 77.3, или право тестаментарних тудора да не прихвате ту дужност је такође *ius publicum*, *Par. D.* 27.1.30.3. Карактеристичан у том погледу је *C. 10.44.2* где пише „... *ius publicum relaxaverit* ...“.

²¹⁾ E. Erlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin, 1902. Књига је поново штампана 1970. године.

²²⁾ J. M. Chorus, *Handelen in strijd met de wet. De verboden rechtshandeling bij de Romeinse juristen an de glossatoren met enige verbindingslijnen naar het Nederlandse recht*, Leiden, 1976.

а да само у пет текстова има уже значење, оно које му даје Улпијан. Према Хорусу класични правници у оним текстовима, у којима је реч о принудном карактеру норми које су *ius publicum*, само истичу обвезујуће дејство позитивног права, посебно царских конституција, без обзира да ли се при томе ради о принудним или диспозитивним нормама.

Ова теза је доста критикована²³⁾. У друга два рада заступа се мишљење да је у делима класичних правника *ius publicum* имао веома широко значење, и да би најадекватнији превод тог термина био „јавни поредак“. То доказује Лореган, полазећи од овде већ наведеног Папинијановог текста у коме се каже да је *testamenti factio* регулисана јавним правом²⁴⁾. Одлика овог рада је што је коришћењем великог броја извора показано да је појам *ius publicum* временом еволуирао. Аутор сматра да је тек код позних класичара добио значење јавног поретка. До закључка да *ius publicum* значи нешто што бисмо назвали јавним поретком дошао је и Виекер у опширној рецензији Хорусовог рада²⁵⁾.

Велику пажњу заслужује рад М. Казера о правним словима приватног права, у коме је један део истраживања посвећен и питању поделе права на јавно и приватно²⁶⁾. За разлику од већине аутора, чија су истраживања усмерена на појам јавног права, он полази од испитивања шта је то *ius privatum*. Он сматра да је то „право које регулише активности и пружа заштиту у индивидуалној сфери правних односа, при чему се не смеју врећати јавни интереси“²⁷⁾. У *ius publicum* улази право створено царским конституцијама и стваралачком делатношћу правника, што се често не може раздвојити, као и *ius honorarium*, а текстови у којима се *ius publicum* и *ius privatum* међусобно супротстављају никако се не могу објаснити системском поделом права која би одговарала савременој, нити

²³⁾ У одељку посвећеном питањима везаним за *ius publicum* Хорус у многоме следи тезу Ноцера — G. Nocera, *Ius publicum* (D. 2.14.38), *Contributo alla ricostruzione storico-exegetica delle regulae iuris*, Roma, 1946. Већ та теза није имала ширег одјека — упор. приказ J. Guademet, *IURA*, 2, 1951, стр. 264. У рецензијама Хорусовог рада много су повољније оцењени други одељци, а у овом одељку су повољно оцењене анализе текстова, али не и закључци, а најмање основна теза. Упор. H. Ankum, нав. дело, стр. 289 и даље, посебно примедбе 4 и 5.

²⁴⁾ Leuregans, нав. дело.

²⁵⁾ F. Wieacker, критички приказ Хорусове књиге и ставови аутора по питању шта је *ius publicum*, рад објављен међу приказима у *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenes* 47 (1979), стр. 277—283.

²⁶⁾ M. Kaser, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, Festschrift für Franz Wieacker, Göttingen 1978, стр. 90—214.

²⁷⁾ M. Kaser, нав. дело, стр. 107.

схватити као супротстављање државног правног система правима и обавезама које стварају појединци својим правним радњама. Покушавајући да оба појма („појмовни пар“) сведе на заједнички именитељ, аутор их на крају одређује на следећи начин: „... *ius privatum* су они делови правног поретка који обезбеђују права и обавезе појединца у његовој приватној сфери, а *ius publicum* они који регулишу јавне ствари и послове и штите јавне интересе, па и на тај начин што ограничавају приватна права.“ *Ius publicum* је принудно право зато што штити јавне интересе, а не зато што је јавно право. Гранична линија између јавног и приватног права може да иде средином појединих правних института, а добар део онога што је данас за нас приватно право спадало је у *ius publicum*.

Ова на значајкој анализи текстова и исцрпном коришћењу литературе заснована и магистрално презентирана теза ипак није до краја убедљива. Основни недостатак је у томе, што уопште не узима у обзир могућност еволуције ових појмова и што настоји да докаже да су они у свим текстовима имали исто значење. Иако је сам нагласио да решењу овог питања стоји на путу наше оптерећење савременом правном теоријом, аутор ипак није успео да се у својим истраживањима ослободи догматике.

Много реалнија изгледа оцена извора коју је дао Анкум²⁸). Он сматра да *ius publicum* значи право које је у одређеној вези са римском популусом, али та веза може бити различита и зато *ius publicum* (а самим тим и *ius privatum*) има у разним текстовима различито значење. Он често значи целокупно позитивно право, без обзира на начин како је створено, и тада њему насупрот не стоји *ius privatum*. У текстовима у којима се ова два права разликују, *ius publicum* може да има два значења. То можеда буде право које се односи на уређење и функције римске државе, у смислу који му је дат у Улпинијановим Институцијама, а може да значи и јавни поредак, у условном значењу тог појма, норме од којих се не може одступити у правним пословима појединаца.

Анкум је убедљиво показао да се у изворима из периода позног принципати *ius publicum* употребљава у више значења²⁹),

²⁸) Н. Ankum, нав. дело. Он је Хорусову књигу користио као повод да изложи тезу о римским схватањима јавног и приватног права, тако да је то мање приказ књиге и критичка дискусија, а више рад посвећен овом проблему. Он је изложен на стр. 288 — 319 нав. часописа.

²⁹) Тиме је овај аутор напустио тенденцију која је постојала у романистици последњих деценија да се *ius publicum* тумачи у свим текстовима на исти начин, да се на силу знаје оно чега није било. Зато је већина Анкумових закључака за нас прихватљива.

али му се може приговорити то што ни он не води рачуна о еволуцији појмова јавно и приватно право. У току даљег излагања покушаћемо да прикажемо како су ти појмови мењали своје значење током римске правне историје и да на примерима илуструјемо начине на које их користе позни класичари.

4. Када се изворни текстови посматрају у целини, запажа се да је за Римљане значајнији *ius publicum*. На овакав закључак упућује не само то, што је тај појам старији и што се у изворима помиње много чешће него *ius privatum*³⁰⁾, већ и начин на који су коришћени ови појмови. Познато је да су се римски правници бавили претежно установама приватног права, али они никада нису написали да је то *ius privatum*. Квалификације дају када су у питању правила која спадају у *ius publicum*, када хоће да кажу да се актима појединаца не може мењати оно што је *ius publicum*, а јавно и приватно право разликују увек полазећи од јавног права. Зато је и оправдано што се у већини радова данас настоји да се пре свега објасни шта значи *ius publicum*.³¹⁾

Несумњиво је да *publicum* указује на *populus*, римски народ. Етимологија речи *publicus* (од *poplicus*) данас није спорна³²⁾. Познати су изрази *ager publicus*, *res publica*, *lex publica*, *iudicium publicum*, *munera publica* итд., који сви указују на првобитну припадност римском народу. Неки од тих термина су доживљавали семантолошке промене и у изворима се налазе у више различитих значења. Потсећамо да *res publica* има пет значења: римска држава, ствар која припада држави, мунципија, ствар која припада мунципији и ствар која служи јавној употреби и зато се налази ван правног промета³³⁾.

У првим вековима републике, насупрот популусу не стоји појединац, већ породица. Право које ствара народ су *leges publicae*, али насупрот томе још не постоје и *leges privatae*, јер још није важан појединац и нема аутономије воље³⁴⁾. Првобитно,

³⁰⁾ О старости ових појмова упор. Н. Mülleјans. *Publicus und Privater im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, M München, 1961.

³¹⁾ М. Kaser је према нашим сазнањима једини који је тежиште ставио на истраживање појма *ius privatum*, али такав приступ је у складу са темом рада, он се у том раду бави пре свега питањем шта значи *lex privata* и да ли су тада већ постојали зачеци теорије правних послова.

³²⁾ О томе Mülleјans, стр. 7.

³³⁾ Преглед текстова у којима се *res publica* налази у овим значењима даје Mülleјans, нав. дело, стр. 47 и даље.

³⁴⁾ Упор. Kaser, нав. дело, стр. 94 и даље, који показује да се тек крајем републике могу наћи извори у којима се спомиње *lex privata* и *lex contractus*, термини којима се изражава правило да правни послови појединаца обавезују оне чија је воља изјављена на исти начин као и норме утврђене законом.

ius publicum је морао значити исто што и *lex publica*. Разликовање права и закона (*ius* и *lex*) својствено је људима који имају одређену правну културу, а непознато је многим народима. Закон XII таблица био је *lex publica* и истовремено *ius publicum*, што потврђују извори из доцнијег периода.³⁵⁾ Аналагно томе је и сваки закон или плебисцит изгласан на скупштинама био је *lex publica* и истовремено *ius publicum*.

У изворима из републиканског периода израз *ius publicum* се може наћи само у делима римских књижевника, оратора и других писаца³⁶⁾ Теренције (161. год. пре н. е.) помиње га у питању које поставља једна личност из његовог комада: „Шта је? Тражим ли нешто што је неправедно? Зар нећу добити ни оно што је *ius publicum*?“³⁷⁾ Као и у нешто доцнијим литерарним текстовима, и овде би *ius publicum* могао да значи „право које ми припада на основу закона“.³⁸⁾

Израз *ius privatum* налази се тек код Цицерона, код кога и *ius publicum* добија шире значење.³⁹⁾ Он релативно често употребљава те појмове и то очигледно на начин који одговара схватањима преткласичне правне науке. Лереган је на основу проучавања богате литерарне заоставштине Цицерона и анализе релевантних текстова показао да појам *ius publicum* има сада богатију садржину и да њему насупрот увек стоји *ius privatum*, чак и на местима где се говори само о јавном праву.

Код Цицерона *ius publicum* значи право *rei publicae*⁴⁰⁾, право римске државе и обухвата сва правна правила која се односе на магистрате, скупштине, сенат, ераријум и на ствари које су *res publicae*⁴¹⁾, а исто тако и норме којима је регулисана

³⁵⁾ Упор. Erlich, нав. дело, стр. 172 и даље, као и стр. 640 овог рада.

³⁶⁾ Тако у Платоновим комедијама, и то на три места, упор. Leuregans, нав. дело, стр. 232.

³⁷⁾ Теренције, *Phormio*, стих 412: „*Demiphon: 'Quid est. Num iniquom postulo? An ne hoc quidem ego adipiscar quod ius publicumst?'*“ Цитирано према Leuregans, нав. дело, стр. 231.

³⁸⁾ Leuregans преводи *ius publicum* са „правно правило које важи или се примењује за све“.

³⁹⁾ Leuregans, нав. дело, стр. 232—237. Он не помиње рад Ломбардија, цитиран овде у примедби 19. У даљем излагању изнети су углавном закључци до којих је дошао Леуреганс.

⁴⁰⁾ Cicero. *De oratore*, I, 46.201: „*publice quoque iura quae sunt propria civitatis et imperii*“.
Ibidem: „... et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, ut versantur in re publica, subiecta esse debent“ — говорници који (расправљају о питањима везаним за републику) треба да владају јавним правом и одговарајућом материјом.

⁴¹⁾ Про Милоне, 26.70; *De domo sua*, 12,32 и 47,122. За сенат у вези са републиком *Pro Rabirio, per.*, 5,17; *De officijs* I, 17,53.

активност римске државе. Уочавају се четири врсте активности које, према Цицерону, регулише *ius publicum*. То су:

- а) вршење култа, *ius sacrum*⁴²⁾, што је и код Улпијана саставни део „државног права“;
- б) ратно право — *ius belli* (објава рата, положај освојених земаља, *foedus*, заробљавање и ратни плен, продаја ратног плена итд.)⁴³⁾
- ц) управни послови — управљање стварима које су *res publicae* (*loca publica*, мостови, путеви, јавне грађевине итд.), финансије (*rescunia publica*) и сви послови у вези са државном благајном, *erarium*.⁴⁴⁾
- д) правна активност државе, законодавна и делом судска (*iudicium publicum*), при чему се са *ius publicum* означавају и неке одлуке сената⁴⁵⁾.

У позној републици, као што се види, појам *ius publicum* доживео је преображај. Он није више синоним за *lex publica* и вези са популусом је посредна, преко римске државе (*res publica*): то је право које регулише устројство и функције државе, а закони су *ius publicum* зато што су настали њеном законодавном активношћу. Цицеро га ставља испред приватног права. У том погледу је значајан текст у коме је реч о кући коју му је доделио сенат. Цицеро каже да је, за разлику од кућа у граду које други имају „*iure privato, iure hereditario*” његова кућа заштићена „све друго надмашујућим, људским и божанским *publico iure*”⁴⁶⁾.

5. У текстовима класичних правника из I. и првих деценија II. века нема термина *ius publicum* и *ius privatum*. То, наравно, не значи да они за њих нису знали, већ само да у делима чији су нам фрагменти сачувани није било потребе да се на њих

⁴²⁾ Он разликује *ius sacrum* и *ius publicum* у тексту *De Domo sua*, 49,128, али на другим местима јасно укључује сакрално право у јавно: *Pro Rabirio*, 5,17; *De domo sua*, 13,34.

⁴³⁾ *De officiis*, 1,11,34.

⁴⁴⁾ *De officiis*, 1,17,53 — где спомиње јавна места која су саградили магистрати, *forum*, *fana*, *porticus* и *viae*. О уговорима које склапа држава у управљању јавним стварима упор. P. Leuregans, *Les contrats administratifs en droit romain*, Paris, 1978. (докторска дисертација).

⁴⁵⁾ Он каже да су *ius publicum* закони које доноси скупштина у *Partitiones oratoriae*, 37,130; *Pro Rabirio*, 5,17; *De domo sua*, 13,33. За *senatusconsulta* то каже у *Partitiones oratoriae*, 37,130; *Pro Caec.* 17,51(43).

⁴⁶⁾ *De haruspicio responsis*, 7, 14: „*Multae sunt domus in hac urbe patres conscripti atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure nexi. Nego esse ullam domum aliam privato eodem quae optima lege, publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munitam.*” О овом тексту подробније пише Kaser, нав. дело, стр. 107.

позивају. Рани класичари се, понекад, баве и материјом коју позни класичари називају *ius publicum*, али она за њих вероватно још није *ius publicum*⁴⁷⁾, јер у доба раног принципата тај појам је, по свему судећи, задржао исто значење које је имао и крајем републике.

С друге стране, има података да су се поједини правници и у преткласичном периоду и у време ране класике посебно бавили питањима државног уређења и функционисања државних органа, дакле оним што је за њих био *ius publicum*. Цицеро каже за Гнеја Помпеја да је био веома вичан, *peritissimus*, јавном праву⁴⁸⁾, а сличне похвале дају неким другим правницима и неки доцнији писци⁴⁹⁾. Помпоније у својој правној историји каже за Тубера да је био вичан јавном и приватном праву⁵⁰⁾. Претпоставља се да су ти правници писали књиге о фиску, о магистратима, о сенату и сличне садржине⁵¹⁾ и оне нису сачуване, вероватно зато, што таква дела нису имала више никаквог значаја за правнике из периода домината.

У литерарним делима раног принципата могу се наћи термини *ius publicum* и *ius privatum* у значењу које им даје Цицеро⁵²⁾. Спорна су само два текста. Први је позната Ливијева оцена да је Закон XII таблица извор целокупног јавног и приватног права⁵³⁾, што је необично за свакога ко је упознат са садржином тог закона. Међутим, Ливије сигурно није употребио ове термине као правно одређене појмове, већ је у питању стилска фигура којом он изражава дивљење према тој старој кодификацији, као што је са дивљењем писао о свему што је чинило римску славну прошлост.

⁴⁷⁾ Тако код захтева да се обустави новопрадња, *operis novi nuntatio*, доцнији правници разликују захтеве које подносе појединци од захтева који се подносе *iure publico*. Код ових других садржина захтева је да градитељ поступи у складу са важећим прописима о грађењу и од тога се не може одступити. Лабео међутим, разликује нунцијацију која се врши *ex re familiarum* и ону која је *de re publica* и каже да се споразуми између градитеља и лица које је учинило нунцијацију могу склапати само у првом случају. Лабео не спомиње *ius publicum*. Лебеоново мишљење цитира Улпијан у D. 2, 14. 7. 14.

⁴⁸⁾ Cicero *Pro Milone*, 26. 70. На другом месту каже „*sapientes homines et publici iuris periti a senatu foedere postulaverunt.*” (Balb. 15. 34). Слично и у тексту *De oratore*, 1, 46, 201.

⁴⁹⁾ Aul. Gell. *Noct. Atticae*, 10, 20, 2 каже за Капита да је био *publici privatisque iuris peritissimus*. Plinije у *Epist.* 1, 22, 2 пише: „...*sum sisi peritissimus et privati iuris et publici.*”

⁵⁰⁾ D. 1. 2. 2. 46 (Pomp. lib. *singularis enchiridii*).

⁵¹⁾ Упор. речник *Daremberg-Saglio*, реч *Ius*, стр. 733.

⁵²⁾ Kvintilijan i Frontin помињу *ius publicum* у истом значењу као и Cicero, упор. *Leuregans*, нав. дело, стр. 235—236.

⁵³⁾ Tit Livije, *Ab urbe condita*, 3, 34, 6.

Други текст је значајнији као изворни податак. Светоније, илуструјући мржњу коју је Тиберије гајио према својој жени Јулији, каже да је он њу *publici iuris* лишио пекулијума и годишње ренте коју јој је био одредио њен отац Август, јер Август о томе није ништа рекао у свом тестаменту⁵⁴). Постоји неколико тумачења овог текста: да су у питању права фиска, да је тестамент већ тада био установа јавног права и да се са *publici iuris* мисли на нама неки непознат закон, према коме дете задржава пекулијум после очеве смрти само ако очев тестамент садржи такву одредбу. Ово треће тумачење нам се чини најлогичнијим и одговара схватању појма *ius publicum* који се може наћи код Цицерона.

6. У другом веку наше ере Цервидије Сцевола, саветник императора Марка Аурелија, први је класични правник који је употребио термин *ius privatum*, док се *ius publicum* налази по први пут у текстовима Нерација Приска, члана конзилијума цара Трајана и Хадријана, и нешто млађег Секста Помпонија.⁵⁵) У питању су само четири текста, док су све остале у којима се помињу ови термини писали правници који су радили у време династије Севера.

Као претходно, поставља се питање зашто се тек позни класичари позивају на *ius publicum*. Највероватније је да разлоге треба тражити у еволуцији римског државног уређења и правног система, везаној за растуће економске проблеме и за промене у римском друштву. Ови процеси почели су да се одвијају још за време Антонина и достижу кулминацију у доба Севера.

Средином II века н.е. још увек влада рах *romana*, то је врхунац римске моћи, доба привредног просперитета и трговинске размене до тада невиђених размера. Међутим, још почетком тога века, за владавине Трајана, почињу да се испољавају привредне тешкоће које наводе овог императора да предузме мере у циљу унапређења пољопривреде, а од владавине Марка Аурелија државна интервенција у привреди постаје саставни део политике римских императора⁵⁶). Привредне тешкоће стварају пре свега противуречности између економског положаја Италије, који је привилегован и као такав се одржава великим

⁵⁴) G. T. Suet., *Vitae Caes., Tiberius*, 50, 1: „... Sed et peculio concesso a patre praebitisque annuis fraudavit per speciem publici iuris quod nihil de his Augustus testamento cavisset.”

⁵⁵) Scaev. у D. 43. 12. 4. Neracina Priska citira Ulpian у D. 11. 7. 20 pr. — види овде напред примедбу 13. Pomponije у поменутом D. 1. 2. 2. 46 и према Paulu у D. 39. 2. 18. 1 — v. примедбу 12.

⁵⁶) Упор Н. А. Мишкин, *Историја старос Рима*, Београд, 1951., стр. 389-433.

увозом, и провинција, где је производња боља, али вишкови и даље одлазе највећим делом у Италију и ствара се тиме дебаланс у општој трговинској размени. Разлози за државну интервенцију у привреди биле су и растуће потребе фиска, изазване пре свега ширењем принципсовог апарата и реорганизацијама државне власти. Поред ранијих пет принципсових канцеларија почетком II века уведена је и посебна канцеларија за финансијско пословање, „ a rationibus”, јер је и економска активност фиска сада постала далеко већа⁵⁷⁾ У државне руке прелазе послови некадашњих публикана, и то убирање пореза, експлоатација рудника, велика грађевинска делатност. Император тражи и сасвим нове изворе прихода, као што су порези на наследство, које је, као што је познато, у свом почетном облику био увео још Август.

Севери, пореклом из источних провинција, тежили су апсолутној монархији, а њихови захвати у привредне и друштвене односе били су далеко радикалнији од државне интервенције која је вршена за владавине Антонина, тако да се може рећи да је тада напуштен економски либерализам, што се неминовно морало одразити и на правне односе. Септимије Север успео је да потисне сенат, укинуо је слободе мунципија и управљање државом у великој мери подвргао је централној власти. Он је оснивач корпорација трговаца и занатлија по мунципијама, што је имало за циљ да омогући државну контролу над занатством и трговином; пољопривредним произвођачима наметнуо је обавезу да на одређен минимум прихода плаћају порез, без обзира да ли су ти приходи остварени или не⁵⁸⁾. За време Севера се радикалније мењају и друштвени односи. Са Каракалиним едиктом из 212. године скоро сво становништво добило је *status civitatis*, али ни тај статус није више значио оно што је некада био и сви су сада подједнако били на путу да од слободних римских грађана постану *subiecti*, поданици цара.

Моћ централе власти огледа се и у законодавству. Крајем II века сви извори права који су значили наставак републиканских традиција угашени су, тако да је једини законодавац сада принципс⁵⁹⁾. Отуда Улпијан пише да све оно што одреди прин-

⁵⁷⁾ О променама државног уређења започетог под Antoninima и настављеног у време Severa упор. M. Kaser, *Römische Rechtsgechichte*, Göttingen, 1950, стр. 179-183.

⁵⁸⁾ О интервенцијама у привредне односе коју држава врши у време Septimija Severa упор. J. Ellul, *Histoire des institutions*, 1/2, Paris 1961. стр. 448-451.

⁵⁹⁾ То је била логична последица развоја односа између *princepsa* и органа власти задржаних из републиканског периода. Хадријанова кодификација преторовог едикта само је потврда постојећег стања јер пре-

цепс има снагу закона⁶⁰). Утицај државе на економске и правне односе врши се скоро искључиво преко царских конституција још и за време Антонина, а сада је то једини пут. При томе император задире и у такве односе који немају непосредне везе са привредом и тржиштем и прописима који су принудни мења правне установе које су до тада биле искључиво у домену приватног права, као што су тјторство, брак, мираз, а поготову тестамент са легатима и фидекомисима.⁶¹) Легати и фидекомиси су постали тема којом се много баве посткласични правници, а колики им је значај придала у Јустинијаново време Трибонијанова комисија види се по томе што титулус о њима заузима три књиге Дигеста, од тридесете до тридесет и друге, и њима се бави још и први титулус тридесет треће књиге. Да би имућнији римски грађанин саставио тестамент, било је потребно да буде *iure peritus* или да затражи помоћ од школованог правника, као што нас о томе обавештава Сцевола⁶²).

Мерама царског законодавства сужава се некадашња приватна аутономија и насупрот појединцу стоји свемоћна држава. Честа интервенција државе у правне односе који су до тада били у сфери слободног регулисања је можда разлог што Паул каже да је службеност пута до нечијег гроба *остала* у домену приватног права, па се зато она може слободно путем правних послова заснивати и укидати⁶³).

У овим измењеним условима порастао је значај онога што се у раној класици назива *ius publicum*. Садржина права које регулише установе и функције римске државе постала је много богатија, а држава принудним нормама залази дубоко у област приватног права, што захтева да се материја која је овако регулисана постала *ius publicum* разграничи од оне која је остала *ius privatum*. Зато нам се чини разумљивим што су позни кла-

тор и иначе није више много мењао свој едикт, а сенатске одлуке у време Severa су само потврда принципсових говора („*Oratio Severi*”). *Responsa prudentium* се заснивају на *auctoritas* принцепса, тако да је принципс заиста сада једини законодавац.

⁶⁰) *Quid principi placuit, legis habet vigorem.* у D. 1. 4. 1 пр.

⁶¹) О променама које се дешавају на подручју приватноправних институција законодавном делатношћу принцепса упор. W. W. Buckland, *A textbook of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1932.

⁶²) D. 31. 88. 17 (*Scaev. libro 3. respons.*): „*Lucius Titius hoc meum testamentum seripsi sine ullo iuri; perito... et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*”. Мсј тестамент је написао Луције Тиције који није нимало вичан праву... и ако сам учинио нешто што није у складу са законом или није стручно, треба људи да се сматрају да је легитимно...”

⁶³) D. 8.1.14.1 (*Paulus, lib. 15. ad Sabinum*): „*Servitus itineris ad sepulcrum privati iuris manet...*”

сичари почели да расправљају о питању шта спада у *ius publicum*, да се на њега позивају у својим радовима, а аналогно томе овај се термин почиње користити и у царским конституцијама почевши од Септимија Севера.

7. Иако је у правни речник позних класичара уведен термин *ius publicum*, они га, изузев Улпијана у познатом и већ помињаном тексту из његових Институција, не дефинишу, већ га примењују казуистички, и то у различитим значењима. Значење појма *ius publicum* зависи од правног случаја о коме расправљају. Они га примењују и у значењу који је имао у раној класици, као право које регулише државно уређење, укључујући ту и право фиска, и то на првом месту, али га користе и у ширем смислу. У том новом, ширем смислу он добија нову садржину, поново доживљава свој семантолошки преображај.

Могу се уочити четири значења термина *ius publicum*: државно право, право које ствара држава путем закона, целокупно позитивно право и право које обухвата све оне законске и етичке норме које се не могу мењати вољом појединаца јер чине неку врсту непроменљивог римског правног поретка. Приказаћемо текстове у којима се *ius publicum* употребљава са оваквим значењима, при чему треба истаћи да их у већини случајева и Анкун тумачи на исти начин.⁶⁴⁾

а) *Ius publicum* у значењу права које регулише устројство државе и функционисање државних органа налази се пре свега у текстовима у којима је реч о установи *operis novi nuntiatio*, захтеву да се обустави започето грађење и дају гаранције да ће се у току даљег извођења радова поштовати права подносиоца захтева.⁶⁵⁾ Обуставу грађења могао је да тражи сусед или неко друго заинтересовано лице, а исто тако и било који римски грађанин ако је у питању заштита права која су *ius publicum*. Улпијан каже: „*Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia.*” — Захтев се подноси или да би заштитила наша права, или да би се отклонила штета или због јавног права⁶⁶⁾; из наредног параграфа се види да се нунцијација врши *iure publico* ако је у питању заштита јавних ствари (*res publicae*), грађење на јавном месту (*locus publica* и *locus sacra*) или ако се гради противно законским прописима о грађењу (*aut si quid contra leges edictave principum quae ad modum aedificiorum facta sunt*)⁶⁷⁾. Тада нунцијацију

⁶⁴⁾ Н. Ankum, нав. дело, стр. 311 и даље.

⁶⁵⁾ Упор. А. Бергер, „*L'operis novi nuntiatio*” ed il concetto di „*ius publicum*” di Ulpiano, *IURA*, I, 1950 стр. 102—123.

⁶⁶⁾ D. 39.1.1.16 (Ulp. lib. 42 ad edictum).

⁶⁷⁾ D. 39.1.1.17.

врши било који грађанин и то у јавном интересу, каже Паул⁶⁸). Поступак је исти било да се ради о приватним стварима, било да је у питању *publicum ius*⁶⁹). Иако има данас и другојачијих схватања⁷⁰), чини нам се несумњивим да се у текстовима ове врсте *ius publicum* односи увек на право државе у домену заштите јавних добара.

Имајући у виду управо то значење израза *ius publicum* Сцевола употребљава израз *ius privatum*, као њему комплементаран, у одговору на питање да ли сопственик кућа на међусобно супротним обалама реке може да подигне мост *privati iuris*. Одговор је негативан и без образложења, али је образложење вероватно постојало у оригиналном Сцеволином тексту: река је *res publica*, а тиме и мостови, што све улази у домен јавног права.⁷¹)

У неким текстовима се *ius publicum* употребљава у субјективном значењу, као права која имају римски магистрати у вршењу својих функција или као права римских грађана да учествују у јавном животу, односно њихова политичка права. Тако Улпијан на једном месту каже да онај који врши *ius publicum* не чини инјурију⁷²), а Паул да *capitis deminutio* не утиче на *iura publica* лица које је изгубила правну способност, односно да лице које је постало *alieni iuris* може и даље вршити јавне функције⁷³). Хермогенијан, епитомизирајући Улпијана који пише да *filius* као магистрат може присилити свог *pater familiaris* да одбије пријем наслеђа, закључује: *quod ad ius publicum pertinet, non sequitur ius potestatis*⁷⁴)

⁶⁸) D. 39.1.4 (Paulus, lib 48 ad edictum): „nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere”. Државу интересује да пусти да већи број (грађана) бране њене интересе.

⁶⁹) Ulp. у D. 39.1.5.19: *Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum sive ad publicum ius ea remissio pertinet, satisfacere cogitur...*

⁷⁰) Другојачија тумачења ових текстова оповргао је Бергер, нав. дело, тр. 117—123.

⁷¹) D. 43.12.4 (Scaev. lib. 5. respons.).

⁷²) D. 47.10.13.1 (Ulp. lib. 57 ad edictum): *Is qui jure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere...* У истом смислу се може схватити и *ius publicum* који према Улпијану може „*invocare*” онај који „*claram dignitatem se habere praetendebat*” у D. 4.2.23. пр. (Ulp. lib. 4. opinionum).

⁷³) D. 4.5.4.2. (Paul. lib. 11 ad edict.): „... et primo de ea capitis deminutione... per quam publica iura non intervtere constat.

⁷⁴) „Ако се ради о јавном праву, не следи се (не узима се у обзир) власт *paterfamilias*” — D. 36.1.13.5 (Ulp. lib. 4 fideicommissorum) и D. 36.1.14 (Hermog. lib. 4 iuris epitomarum).

Најзад, у ову групу текстова спада и већ поменути текст у коме Помпоније каже за Тубера да је био вичан јавном и приватном праву⁷⁵).

У свим овим текстовима *ius publicum* има исто значење као и у Улпијановим Институцијама. Њему насупрот стоји *ius privatum*. Од седам текстова у Дигестама у којима се помиње *ius privatum*, у пет њих овај израз значи приватно право у смислу који му даје Улпијанов текст, дакле, право које није „државно право“. То су четири текста која су овде већ наведена⁷⁶) и један Улпијанов текст у коме је такође реч о *capitis deminutio*, када се губе *privata hominis et familiae eius iura, non civitatis amittitur*⁷⁷). И овде су права наведена у субјективном смислу, али је значајно што насупрот приватним правима стоје не јавна, већ *ius civitatis*, што уствари показује да је *ius publicum* исто што и *ius civitatis*.

б) У другим текстовима *ius publicum* је термин којим се указује на одређен законски пропис. То је значење на које наилазимо још у доба позне републике, код Цицерона и у другим изворима. У тексту Фалцидијевог закона, донетог 40 год. пре н.е., споменутог овде напред⁷⁸), под *iure publico* подразумевају се прописи Закона XII таблица⁷⁹). Мислећи на одредбе управо тог Фалцидијевог закона, којим се одређује са коликим делом имовине може тастатор располагати путем легата. Папинијан, расправљајући о случају у коме се наследник обвезао да ће дозволити да легатар добије више од законом утврђеног максимума, каже да ће тужба из стипулације бити одбијена јер наследник има *iure publico* права да задржи онолики део имовине колико му припада.⁸⁰)

Поред закона, и други извори права називају се *ius publicum*. Као и у доба Цицерона, то могу бити сенатске одлуке. У време Трајана сенат је донео одлуку да у случају инсолвентности тудора који су поставили магистрати пупила, који је достигао пунолетство, може да тужи те магистрате. У већ поменутом Улпијановом тексту у коме он каже да се споразумом двојица не може мењати *ius publicum*, реч је управо о магистратима који су уговором хтели да искључе ту своју одговорност и са *ius publicum* Улпијан мисли на сенатску одлуку из Трајано-

⁷⁵) цитирани D. 1.2.2.46.

⁷⁶) Ulp. у D. 1.1.1.2 (= Just. Inst. 1.1.4); Pomp. у претходно цитираном тексту, Scevola у D. 43.12.4. (види прим. 71 и одговарајући текст) и Ulp. D. 39.1.5.19 (види примедбу 69 и одговарајући текст).

⁷⁷) D. 4.5.6 (Ulp. lib. 51 ad Sabinum).

⁷⁸) D. 35.2.1.pr. (види примедбу 8).

⁷⁹) Urog. Ehrlich, нав. нело, стр. 172 и Leuregans, нав. дело, стр. 242.

⁸⁰) D. 35.2.15.1 — види примедбу 9.

вог доба.⁸¹⁾ Кодификован преторов едикт означава се са *ius publicum* у једној Диоклецијановој конституцији, у којој се дозвољава повраћај у пређашње стање у корист старијег малолетника⁸²⁾.

Ius publicum су сада, наравно, и царске конституције. У складу са положајем који има принцип у доба Севера и концентрацијом законодавне власти нормално је да конституције буду изједначене са законом. Улпијан у поменутом фрагменту о законској снази царских конституција објашњава да је то зато што је *populus* пренео на њега сав свој империјум и сву своју власт⁸³⁾. Веза између *populus* и *ius publicum* је овде јасна. Улпијан се позива на један рескрипт цара Септимија Севера и Каракале када каже да жена може *iure publico* задржати добра која је добила од мужа као залогу да ће њен мираз бити сачуван, а муж је та добра *donationis causa*, сматрајући да се ради о поклону који му жена даје, продао⁸⁴⁾. Марко Аурелије је био прописио да од воље тестватора зависи да ли ће наследник морати да обезбеђења легатору да ће легат бити исплаћен. Мислећи на ту царску конституцију, Папинијан каже да свако има права да у тестаменту ослободи наследника од давања обезбеђења за легате или фидеикомисе, те зато ако нису дата обезбеђења, *hodie iure publico*, по данашњем јавном праву, наследник не може бити присиљен да их да.⁸⁵⁾ *Ius publicum* је употребљен у значењу правних правила садржаних у царским конституцијама, па и у неким Диоклецијановим

⁸¹⁾ Ова одредба сената репродукована је у Јустинијановом Кодексу. С. 5.75.5. У том тексту цитирани рескрипт Хадријана односио се на исто питање. Тај С,С, Улпијан назива *ius publicum* у D. 27.8.2.9 — види примедбу 14.

⁸²⁾ С. 2.42.2 — из године 287. Диоклецијан не дозвољава повраћај у пређашње стање, јер је малолетник преварио другу уговорну страну убедивши је да је пунолетан. Објашњење је да *publica iura subvenegunt*, помажу малолетнику, али не и онда када чини превару. *Publica iura* су очигледно преторове одредбе о заштити лица млађих од 25. година.

⁸³⁾ „... *populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”. D. 1.4.1.

⁸⁴⁾ D. 24.1.7.6 (*Ulp. lib. 31 ad Sabinum*). Када се уговор о продаји раскине због тога што је у питању *titulus donationis*, жена *iure publico* добија залогу у целини. Улог. Ehrlich, нав. дело, стр. 178—179. Нешто другојачије тумачење овог текста даје А. Маленица, Поклон у римском праву, Нови Сад, 1981. стр. 167 примедба 310.

⁸⁵⁾ D. 35.1.77.3 (*Par. lib. 7 respons*) — Анкум, нав. дело, стр. 311, примедба 105, мисли да овде *ius publicum* значи целокупно право, дакле као и у текстовима наведеним овде даље под ц). О истом правном питању расправља и Марцијан у фрагменту D. 36.3.12 и каже да *ius publicum* дозвољава да таква обезбеђења не буду обавеза наследника: „... *remitti talem cautionem iure publico placuit*...”. Рескрипт М. Аурелија унет је у Јустинијанов кодекс, С. 6.54.2.

конституцијама. Тако у једном спору око земљишта Диоклецијан у свом рескрипту пише да *praeses provinciae* мора да изврши повраћај према едикту Хадријана и да у решавању тог спора поштује *ius publicum*⁸⁶).

Као што се види, у овим случајевима под *ius publicum* правници подразумевају тачно одређене правне прописе и њихове изворе, не наводећи их. То је исто као и када бисмо данас написали да је нешто могуће или није могуће према важећим правним прописима, и наводећи који су то прописи, иако су нам добро познати.

ц) Оваквом начину изражавања врло је блиско и изражавање у коме се неко позива на позитивно право уопште, а не на одређене прописе. У неким текстовима, *ius publicum* одиста значи позитивно право. То је целокупно позитивно право, без обзира на изворе, што значи и право створено делатношћу класичних правника. Извори позитивног права у периоду принципата, приказани у Гајевим Институцијама⁸⁷), били су несумњиво и добро познати и приступачни позним класичарима, али када они напишу „*ius publicum*” у значењу „објективно право, целокупно позитивно право”, они немају у виду одређена правна правила садржана у одређеним правним изворима, већ право уопште. Може се претпоставити да то они чине онда када је институција о којој расправљају регулисана правним правилима садржаним у различитим правним изворима. Анкум сматра да је *ius* у овим текстовима *publicum* зато што „те нормe примењују органи популуса или зато што важи за све”⁸⁸). Чини нам се да је ово објашњење сувишан покушај да се *publicum* веже за *populus*. Пре би се могло претпоставити да се у тим текстовима са *ius publicum* хтелo рећи оно што бисмо и данас казали са „према нашем позитивном праву” онда, када нема потребе или не можемо да тачно наведемо одговарајуће нормe позитивног права.

Број текстова у којима *ius publicum* значи позитивно право је релативно мали⁸⁹). Помпоније сигурно мисли на позитивно право уопште када у већ помињаном тексту каже да је градитељ стекао својину *iure publico*⁹⁰). У питању су, уствари, сва

⁸⁶) С. 8.10.5.

⁸⁷) *Gai, Inst. 1.1.2.* Гајева *iura populi Romani* су у овим текстовима *ius publicum*.

⁸⁸) Анкум, нав. дело, стр. 311.

⁸⁹) Број тих текстова је мањи него што мисли Анкум, нав. дело, стр. 312 — овде не би могли да се узму у обзир текстови *D. 27.1.36.1* и *D. 36.3.12.* у којима се са *ius publicum* подразумева тачно одређен законски пропис.

⁹⁰) То је цитирани фрагмент *Pomp.-Paulus* из *D. 39.2.18.1* наведен у тексту овде напред и примедби бр. 12.

правна правила позитивног права о стицању својине узупапијом, што је доказано анализом овог на први поглед неразумљивог текста. Занимљиво је да је одржај и иначе за класичне правнике имао јавноправни карактер, што би произишло и из Гајеве констатације да је *usucapio* уведена *bono publico*, за јавно добро⁹¹). И Диоклецијан у једној својој конституцији у којој је реч о стицању својине путем *longi temporis praescriptio* позива се на *ius publicum*⁹²).

Папинијан у једном тексту каже да се у спорном случају о коме даје своје мишљење не може прихватити *excusatio tutoris* које му припада *iure publico*, већ се има поступити у складу са вољом тестатора који га је поставио. *Iure publico* овде значи „по позитивном праву“⁹³) У другом случају Папинијан дозвољава титорима да *iure publico* траже изузеће⁹⁴). Исто значење има *ius publicum* и у једном Пауловом тексту: *paterfamilias* тражи ослобођење од одређених дужности *iure publico* зато што има три сина⁹⁵). Улпијан је мишљења да патрон може да заступа свог ослобођеника тражећи повраћај у пређашње стање због претрпљеног оштећења (*fraus creditorum*), јер га на то овлашћује *ius publicum*⁹⁶). Када Паул каже да ће судија бити депортован на острво ако донесе пресуду која је *contra ius publicum*, онда нам се чини несумњивим да под тим термином подразумева позитивно право⁹⁷). И најзад, треба поменути и неке конституције Септимија Севера и Деоклецијана у којима *ius publicum* има ово значење.⁹⁸)

д) У текстовима у којима *ius publicum* значи „позитивно право“, њему насупрот не стоји (и не може да стоји) *ius privatum*. Не зато што се и не помиње, већ зато што ако је *ius pub-*

⁹¹) D. 41.3.1 (Gaius, lib. 21. ad ed. prov.).

⁹²) C. 7.39.1.

⁹³) D. 27.1.30.3 (Pap. lib. 5. responsorum).

⁹⁴) D. 26.2.29 (Pap. lib. 15. responsorum) Овај текст је често разматран у литератури и у вези других питања. Иако се у почетку фрагмента помиње SC *Ljbonianum* чини се несумњивим да Папинијан под *ius publicum* не мисли на ту сенатску одлуку, већ на право уопште. Тако и Анкум, нав. дело, стр. 311, позивајући се и на Албанеза (B. Albanese, *Le persone nel diritto privato Romano*, Палермо, 1979, где се о овом тексту расправља на стр. 466.).

⁹⁵) D. 27.1.36.1. (Paul. lib. 26. quest.): „... an iure publico uti possit et... trium filiorum nomine vacationem postulare“.

⁹⁶) D. 26.1.8 (Ulp. lib. primo opinionum).

⁹⁷) Паул Сент. 5.25.4: „Iudex qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum...“. Вероватно је да су речи *contra sacras principum constitutiones* доцније дописане, јер Паул не би (joш) рекао „sacras“.

⁹⁸) Септ. Северус у С. 2.36.1 и Диоклецијан: С. 10.50.2; С. 10.43.2; С. 10.40.4.

licum употребљен као израз којим се означава целокупно право, ништа не остаје за ius privatum⁹⁹). Може се претпоставити да се ни у текстовима, у којима се под ius publicum подразумевају одређени законски прописи, није мислило на неку поделу права на јавно и приватно, већ се просто указује на постојање одређених правних норми које су релевантне за разматрање случај. Међутим, постоје и текстови у којима се јасно види да насупрот ius publicum-у стоји ius privatum, да је писац текста имао у виду деобу права на ове две категорије, али не у смислу Улпијанове поделе и у значењима која се могу наћи у текстовима наведеним овде под а). Напротив, у питању су институције које би требало да буду сврстане у приватно право, а каже се да су iuris publici, као на пример за testamenti factio у већ помињаном Папинијановом тексту¹⁰⁰). При томе се обично ради о правилу да се вољом појединаца не може дерогирати ius publicum.

У овим текстовима се заиста ради о подели права на јавно и приватно, само што овде ти појмови имају сасвим другачију садржину него што су је имали у доба раног принципатa и раније, код Цицерона. Појам ius publicum је поново измењен добијајући сада много богатију садржину.

До измене је морало, највероватније, доћи зато, што је класично право тада, у другој половини II. века н.е., већ обогачено етичким појмовима које су у њега унели класични правници с једне стране, а са друге стране због промена које су поједине институције претрпеле законодавном активношћу сената и, поготову, принципса. Све те нове норме су таквог карактера да су се морале поштовати у јавном интересу, без обзира на вољу појединаца. Њима се сужава подручје правних односа који су могли бити уређени слободном вољом римских грађана. Да би изразили такав карактер ових норми, позни класичари употребљавају термин ius publicum. Оне су ius publicum зато што је, као и код res publicae, у питању општи интерес и што их сви морају поштовати. У овом новом значењу ius publicum обухвата како правна правила принудног карактера која су створена законодавним путем, тако и правила настала тумачењем појмова bona fides, boni mores и aequitas¹⁰¹), и то у ситуацијама када се оно што ти појмови налажу мора поштовати у јавном интересу. Тиме ius publicum постаје термин који је за-

⁹⁹) Исту аргументацију даје и Анкум, нав. дело, стр. 114.

¹⁰⁰) Цит. D. 28.1.3.

¹⁰¹) О укључивању појмова boni mores, virtus, probitas, fides, aequitas и других у појам ius publicum упор. Leuregans, нав. дело, стр. 250—255.

иста близак ономе што се данас назива јавни поредак и може се тако преводити под условом да се има у виду поредак који одговара схватањима, односима и потребама римског друштва у позном принципату.

На овај начин могу се протумачити Папинијанова изјава да *testamenti factio* спада не у приватно, већ у јавно право, као и значење термина *ius publicum* у правној изреци да се уговори између појединаца не може мењати *ius publicum*¹⁰²). Први који је поменуо *ius publicum* у овом значењу био је Нерације Приск, у већ помињаном тексту о *actio funeraria*, и то у образложењу свог респон зума речима да се пактом „*publicum ius infringi non possit*”, не може ставити ван снаге.¹⁰³) После њега понављају га у више текстова правници из доба Севера, и то увек у вези са институцијама које бисмо сврстали у приватно право. Папинијан пише да када патрон постави малолетном ослобођенику тјутора, тјутор може *iure publico* тражити изузеће иако је погодан за вршење те дужности.¹⁰⁴) Улпијан наводи један правни случај који је решио Јулијан; Јулијаново мишљење да тестватор не може одредбом тестаента ослободити тјуторе обавезе да пупили поднесу обрачун Улпијан је прокоментарисао речима да нико не може мењати *ius publicum*¹⁰⁵). У овде напред већ поменутом фрагменту Папинијан је написао да ако патрон приликом ослобађања роба тражи да се роб обавезе да ће служити патроновом наследнику, после манумисије ослобођеник неће моћи бити присиљен да се на то обавезе, а уколико и прими ту обавезу, неће бити присиљен да је испуни, јер се тиме крши *ius publicum*¹⁰⁶). Паул кратко саопштава да се функција мираза не може мењати пактом, јер приватан споразум не може мењати *ius publicum*.¹⁰⁷)

Диоклетијан, који је, као што је познато, у својим конституцијама тежио да остане веран класичним правним традицијама, прихватио је и ово ново значење термина *ius publicum*. У једној конституцији из 285. године он каже да у споровима насталим из контраката *bonae fidei* помоћ указује *ius publicum* (*In cotractibus qui bonae fidei sunt . . . publica iura subveniunt*)¹⁰⁸). У једном рескрипту којим је решио спор, настао поводом неког поморског зајма (*foenus nauticum*) зато што је

¹⁰²) Пап. у D. 2.14.48 (наша примедба 16) и Ulp. D. 50.17.45.1 (в. прим. 15).

¹⁰³) D. 11.7.20. pr. (поменуто овде напред, прим. 13).

¹⁰⁴) D. 27.1.30.3 (Pap. lib. 5 respons.).

¹⁰⁵) D. 26.7.5.7 (Ulp. lib. 35 ad ed.).

¹⁰⁶) D. 38.1.42 (Pap. lib. 9 resp.), цитирано у нашој прим. бр. 10.

¹⁰⁷) Paul Sent. 1.1,6 (цитирано у прим. 11).

¹⁰⁸) Диокл. С. 2.53.3.

фиск запленио кријумчарену робу коју је зајмопримац превозио бродом, па је хтео да ту незгоду изједначи са поморском хаваријом која га ослобађа обавезе враћања новца, Диоклецијан изјављује да *iuris publici ratio* не дозвољава да *incivili debitoris audacia et avaritia* буду разлог његовог ослобађања од обавезе настале закључењем уговора о зајму¹⁰⁹).

Текстови у којима је израз *ius publicum* употребљен у овом значењу послужили су правницима новијег доба као основа за теоријску деобу правних норми на принудне и диспозитивне, а Улпијанова изрека да се конвенцијама приватних лица не може дерогирати *ius publicum* (Д. 50.17.45.1) била је непосредна инспирација редакторима Наполеоног *Code Civil* при изради члана 6 који гласи: *Il ne peut être derogé par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*". Као што се види, *iure publico* из Улпијановог текста редактори овог члана превели су са „закони који су од интереса за јавни поредак“¹¹⁰).

8. У доба домината у царским конституцијама од Константина даље *ius publicum* се може схватити као „државно право“, а *ius privatum* се и не помиње¹¹¹). Ових конституција нема много; начин на који употребљавају термин *ius publicum* сасвим је у складу са променама које су се догодиле у погледу организације римске државе и њеног законодавства, односно са карактером позне империје¹¹²).

Нема података о томе шта су правници из периода домината мислили о деоби права на јавно и приватно и шта су све подразумевали под појмом *ius publicum*. С обзиром на карактер великих правних школа у Бејрүту, Константинопољу и Александрији и склоности професора ка систематизацијама права, могуће је претпоставити да су били склони да прихвате Улпинијанову поделу као *summa divisio*, на шта би могао да

¹⁰⁹) С. 4.33.3. Упор. Диоклецијанове конституције С. 2.11.1; С. 6.23.13 и С. 4.12.2.

¹¹⁰) Историјат редиговања овог члана приказао је Хорус, нав. дело, стр. 239 и даље, уз обимну документацију. У првобитној редакцији, чији је аутор био Порталис, писало је *droit public*, што би био буквалан превод *ius publicum*; то је оштро критиковао *Andrieux*, следећи схватања која је имао *Domat*, према коме би *ius publicum* значило исто што и *ius commune* и према томе не би се уопште никакви уговори могли закључивати. Зато је прихваћена нова редакција коју је предложио *Andrieux*.

¹¹¹) Наводимо неке од тих конституција: Константин у С. 9.51.13.2; С. *Theod.* 1.2.3; С. *Theod.* 15.1.2. Аркадије и Хонорије, год. 399 С. *Theod.* 16.11.1; Грацијан, Валентијан и Теодозије, С. 1.9.8.1. (год. 398); Хонорије и Теодозије, С. 1.9.14.pr. (год. 412) и Јустинијан, С. 58.2.4.

¹¹²) О овоме је подробније писао Хорус, нав. дело, стр. 98 и даље.

упути и значај који је Трибонијанова комисија дала Улпијановом тексту. Међутим, изворних података који би потврдили такву могућност нема. Оно што знамо и што смо покушали да покажемо јесте да класични правници нису показали такву склоност. Проф. Казер је са правом написао да би се римски правници зачудили када би видели да оно што предајемо данас нашим студентима називамо Римско приватно право¹¹³).

II.

1. Деоба права на јавно и приватно није, као што смо покушали да покажемо, дело римским правника, али су они ипак поставили основе за такву деобу. Њихови текстови у којима се помиње *ius publicum*, нарочито Улпијанова подела права на јавно и приватно право, изучавани су на европским универзитетима у правним школама почевши од школе глосатора и тумачени су на разне начин, у складу са општим погледима на римско право. Колики је значај придаван деоби права на јавно и приватно, односно Улпијановом и другим тектовима, зависило је од опште оријентације правне школе којој припада правник који пише о овим питањима, од идеологије на којој је изграђена правна теорија и од друштвене стварности.

Тек у XVIII веку стекли су се одређени друштвени и правни услови због којих се одвајање јавног права од приватног чинило целисходним, тако да је у правној теорији европских земаља у XIX веку та подела постала опште прихваћена. Даљу историју овог питања изложићемо у најкраћим цртама.

2. Глосатори су, као што је познато, били у свом научном раду усмерени искључиво на изучавање Јустинијанове кодификације и кретали су се само у оквирима које је она постављала, при чему су ипак успевали да унесу многе новине у европску правну теорију. На питање шта је *ius publicum* и на деобу права на *ius publicum* и *ius privatum* гледали су у складу са својим општим схватањима о праву које су изучавали и у објашњавању одговарајућих текстова служили су се својим познатим поступцима тумачења и усклађивања противуречних места.

За правнике болоњске школе Јустинијанова кодификација не садржи текстове писане у раздобљу од неколико векова, већ право римске империје, непроменљиво и вечно, а иза тога права у њихово доба још увек стоји и немачко царство као

¹¹³) М. Kaser, нав. дело, стр. 112.

наследник римског црства. Са њихове тачке гледања нема никаквих разлога ни потреба да се то право дели, да се уведе нека *summa divisio* на јавно и приватно право; на тако нешто не упућује ни сама кодификација, јер се у њој само помиње деоба, али материја није нигде, а најмање у Дигестима, и систематизована на тај начин.

Но и поред тога, они су у ову материју унели извесне новине, настојећи да објасне и ускладе различита значења која је у римском праву имао израз *ius publicum*, а постојао је и један усамљен покушај да се деоби права на јавно и приватно да теоријски значај.

Повезујући текстове у којима јасно пише да се *ius publicum* не може мењати уговорима појединаца, што значи да су то норме принудног карактера, *ius cogens*, са текстовима из којих произилази да је то право којим је регулисано уређење римске државе, они су ускладили та два значења примењујући схоластичку технику цепања појма У Акурзијевог глоси уз Папинијанов фрагмент садржан у D. 2. 14. 38 (позната и у овом раду цитирана *regula iuris* да се пактима не може мењати јавно право) наведени су прво примери правних правила која се не могу мењати пактима, и то узети из римске казуистике (*operis novi nuntiatio*, *lex Falcidia* итд.), а затим је учињена дистинкција између *ius publicum utilitate*, то је право фиска и римске државе уопште, и *ius publicum auctoritate*, где се ради о интересима појединаца али се правна правила морају поштовати због јавног ауторитета, што би значило да су то принудне норме¹⁴⁾. Затим је учињена даљ'а дистинкција према којој би *ius publicum utilitate privatum auctoritate* било оно право које се може мењати вољом појединаца, т.ј. диспозитивно право. У глоси *Antiqui* уз C. 6. 3. 29 наведени су сви текстови у Јустинијановој кодификацији у којима *ius publicum* значи принудно право.

Ове глосе у којима се истиче јавна корист, *utilitas*, биле су од значаја за доцнији развој правне теорије на подручју разликовања јавног од приватног права, тако да се с правом може рећи да су глосатори били ти који су из Улпијановог текста извукли да је питање јавног или приватног интереса битан критеријум у разликовању јавног права од приватног. С друге стране, учење глосатора о *ius publicum auctoritate* и *utilitate*,

¹⁴⁾ *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis tomus primus, Venetiis, 1581. god. стр. 174, glosa uz publicum: „ius publicum aliud sit auctoritate, aliud utilitate. Ut sunt illa iura que tractant de iure fisci... id est publicum utilitate, aliud utilitate privatorum quod et publicum dicitur auctoritate.”*

privatum auctoritate било је полазна тачка у разликовању права које је *ius cogens* од онога које је *ius dispositivum*, а и основица у изградњи теорије о забрањеним уговорима¹¹⁵).

Што се тиче Улпијановог текста репродукованог у D. 1. 1. 1. 2 и на почетку Јустијанових Институција у коме се даје објашњење шта је *ius privatum* а шта *ius publicum*, њега су већ и због места које му је у Јустијановој кодификацији дато глосатори оценили као *sedes materiae* за ова питања, али је у глосама тумачен дословно: јавно и приватно право су само две „позиције” са којих се може вршити проучавање права, а не *summa divisio*. Једини глосатор који није сматрао да се овде ради о подели чисто дидактичке природе, већ о две одвојене целине, био је Плацентије. Његова полемика са Ацоном (Azzo), чије је гледиште преовладао и било преузето у Магну глосу може се делимично реконструисати. Плацентије је писао да су *ius publicum* и *ius privatum* две ствари о којима право расправља, два одвојена предмета права¹¹⁶). Ацо му одговара да се ту само ради о врстама проучавања, да су то *duae species studii*, па када Улпијан дефинише *ius publicum* као право које се односи на *res publica* а *ius privatum* као оно које води рачуна о интересима појединаца, онда ту разлику треба схватити да постоји само *principaliter*, у начелу, опште узвиши. Ово схватање да се ради само о подели извршеној у педагошке сврхе преузела је и Акурзијева глоса. Јединство Јустијановог римског права било је тиме сачувано: оно је и морало бити само једно, јер је то у духу схватања тога доба да „постоји само један император у свету и само једно јединствено право у империји”¹¹⁷).

2. Доба коментатора је период у коме су учени правници на европским универзитетима већ могли да имају и имали су знатно шире хоризонте од својих претходника глосатора. То је доба релативног економског просперитета, развијеније размене и робно-новчаних односа и доба значајних промена у политичкој карти Европе. Сада се многе државе налазе ван орбите римско-немачког царства: то су ојачале монархије на

¹¹⁵) Упор. Chorus, нав. дело, стр. 212 и даље.

¹¹⁶) Пандекта цитирана у прим. 114. стр. 10, глоса под. d: „Licet quidam dicant Placentius intellexisse quod species sive positiones dicerentur res super quibus ius tractat ...” „Ма да неки кажу да је Плацентије подражавао да су *specis* односно *positiones* биле две одвојене ствари о којима право расправља”.

¹¹⁷) „Unum sit ius cum unum sit imperator in orbe” у делу непознатог аутора из XIII века „Quaestiones de iuris subtilitatibus”. Цитирано према F. Calasso: „Ius publicum” е „ius privatum” nel diritto commune classico, Studii in memoria di Fraicisco Ferrara, I. tom, Milano, 1943.

западу, Француско, Шпанија и Енглеска, која је већ престала да следи Европу у рецепцији римског права, затим италијанске државице, Шведска и, по традицији, исток Европе. Коментаторе, за разлику од глосатора, интересују савремена политичка и правна збивања, они поред глосираниог римског права проучавају и друге правне системе, градске статуте, лонгобардско право, феудална права. Они се баве питањем колизионих норми и неосетно проширују *ius commune*, додајући му норме средње-вековног трговачког права италијанских градова. Они не прихватају Акурзијево тумачење да је република само Рим, а да су остале државе само *loci privatorum*¹¹⁸).

Отуда и нешто другојачије гледање коментатора на поделу права на јавно и приватно, посебно на питање шта је и шта обухвата *ius publicum*, ма да они нису учинили никакав одлучујући корак ка превазилажењу схватања да су то само две „позиције”, две *species* чији је генус *ius civile*, Јустинијаново право.

За коментаторе је *ius publicum* право којим се регулише државно уређење, што ће од њим прихватити и каснији правници, у XVII и XVIII веку. Новина се састоји у томе, што више пажње посвећују изучавању римског државног уређења, посебно последњим трима књигама Јустинијановог кодекса, а проучавају и уређења тадашњих држава.

Монографије посвећене државном уређењу јављају се у XIII веку. Зачетници су били припадници напуљске правне школе. Andrea Bonello de Barletta, болоњски ћак и професор у Напуљу, написао је коментаре *Tres libri* и сматра се пиониром у раду на тим новим областима римског права; он је написао и коментаре на *Liber constitutionum* Фредерика II, краља двеју Сицилија; ова књига конституција промулгована је 1231. године и сматрана је дуго најзначајнијим извором партикуларног права.

У XIV веку постглосатори, ослобођени претераног ентузијазма за *lex scripta in corpore iuris* и отворени за сва актуелна питања, сагледавају у нормативном уређењу овог света животну стварност коју треба уврстити у шеме и категорије које пружа *ius civile*. Бартолус је написао већи број монографија које третирају питања превасходно јавноправног карактера: О владању у држави, о статутима, о тиранији, о Гвелфима и Гибелинима, о репресалијама и друге¹¹⁹). Балдо из Перуђе (*Baldo de Ubaldis*), његов ученик, написао је нови коментар на *Tres libri* Јустинија-

¹¹⁸) Изражено у глоси *non absit* уз D. 4.6.2.6 — нав. Пандекта, стр. 385, глоса d. На овај податак указује Calasso, нав. дело, стр. 98.

¹¹⁹) Наслови ових монографија су: *De regimine civitatis*, *De statutis*, *De tyrannia*, *De Guelfis et Gibelinis*, *De repressaliis*.

новог кодекса, трактат о миру у Констанци, *Libri feudorum*, о статумима.

У коментарима глосираних римских текстова о *ius publicum* и о *ius privatum* ново је то, што се истиче да *ius publicum* није само право римске државе, већ и свака друга држава има свој *ius publicum*. Балдо уз *D. 1.1.1.2* пише да и друге државе имају своје прописе о магистратима и о вршењу верских обреда, што значи да и оне имају свој *ius publicum*¹²⁰). Бартолус уз *C. 1.2.23* каже да се *ius publicum* може схватити на разне начине: једањ начин је што штити јаван интерес, други је што се *publicum* односи на империју, трећи начин је да се односи на римску државу, а четврти на било коју државу или град¹²¹).

Друга новина су наговештаји да и кривично право спада у *ius publicum*. У рубрици уз Јустинијанов кодекс *C. 10-1* Бартолус разликује права која су *ius publicum* зато што свако може да тужи, а то су *crimina publica*, од права која су *ius publicum* зато што припадају фиску.¹²²).

Да коментатори ипак још не долазе на помисао да би требало систематски одвојити јавно право од приватног показују посебно јасно њихове дилеме око питања шта је то јавна корист и да ли се може одвојити од интереса појединаца. Балдо прво констатује да јавно добро не постоји без приватног нити појединачан интерес без јавног интереса, па зато та два појма не треба ни разликовати¹²³). Међутим, он нешто доцније ипак долази до решења којим се оправдава постојање дистинкције: „с обзиром да јавно добро обухвата у себи и приватно, и обрнуто, ово друго је увек секундарно и зато говорећи у принципу дистинкција остаје тачна“¹²⁴) Као што се види, Балдо прво сумња у оправданост разликовања, а затим допушта да се то учини *principaliter*. Он на другом плану заузима исти став као и глосатори: разликовање јавног права од приватног постоји само у начелу. То му је дозволило да на крају свог коментара напише

¹²⁰) „... cum ius publicum consistit in sacris sacerdotiis et magistratibus et talia sunt in qualibet civitate.“ Упор. Calasso, нав. дело, стр. 105.

¹²¹) Коментар уз *C. 1.2.23* — *Respondeo, quod ius publicum potest accipi multis modis... Alio modo publicum scilicet civitatis Romanae. Alio modo publicum scilicet cuiusque civitatis et municitii.* Цитат према Calasso, нав. дело, стр. 107.

¹²²) Упор. Calasso, нав. дело, стр. 102.

¹²³) „Cum ergo bonum publicum non sit sine privato nec privatum sine publico, ergo non distinguitur unum ab altero. Цитирано према Calasso, нав. дело, стр. 78, примедба 52.

¹²⁴) „Quando bonum publicum includit privatum, vel e contra, istud est secundario, unde principaliter loquendo distinctio remanet vera...“ Calasso, нав. дело, стр. 83.

да се *ius civile* као *genus* дели у две *species*, на два главна дела, *publicum* и *privatum*.¹²⁵⁾

3. Средњовековни правници нису могли из чисто објективних разлога да се уздигну на ниво са кога би у систематизацији права извршили основну поделу на јавно и приватно као *summa divisio*. За њих је *ius publicum* пре свега обележје одређених правних правила, расутих у разним текстовима Јустинијанове кодификације и та обележја они тумаче на себи својствен начин. Поред разлога на које је овде већ указивано треба истаћи још два због којих је та подела била у њихово доба објективно незамислива.

У свести правника тога доба стално је било присутно и схватање својствено људској свести феудалног доба да се *res publica* и *res privata* не могу одвојити. Та међусобна испреплетеност јавног и приватног била је присутна у структурама многих политичких и правних институција феудалног друштва и одражавала се као нешто што је нормално у друштвеној свести. Ма колико вере поклањали римским текстовима, средњовековни правници се тог схватања нису могли сасвим ослободити.

Други разлог би се могао назрети у неразвијености оних грана права које ће доцније бити обухваћене јавним правом. Римски правници су се несразмерно мање бавили питањима државног уређења, кривичног права и кривичног поступка него питањима имовинско-правних односа, статусног права и односима у породици. Иста пропорција задржана је и у Јустинијановој кодификацији. Средњовековни правници изучавају Јустинијанову кодификацију, а глосатори чак и прескачу 49. књигу Дигеста као *libri terribiles* и три књиге Јустинијановог кодекса у којима је реч о државном уређењу. Све до средине XVII века на универзитетима се предају само канонско и римско право односно Јустинијанова кодификација. Још у првој половини XVII века у Немачкој и у Италији организацију државне власти и кривично право предавали су цивилисти према текстовима из *Corpus iuris civilis*-а истичући, ипак, да је то *exempli causa*. Специјалиста за ове дисциплине још нема. И поред тога што су још коментатори почели да се баве и државним уређењем заједница у којима су живели и што је *ius publicum* постао назив за државно право¹²⁶⁾, оно још није било издвојено из цивилног права, нити је сматрано за посебну правну област.

¹²⁵⁾ Балдус уз 1.1.1.2: „Et nota quod ius civile, prout est genus, dividitur in duas partes principales s. publicum et privatum. Цит. *Pandecta*. стр. 10.

¹²⁶⁾ У Немачкој као синоним за *Staatsrecht*, а у Француској као једини термин, почевши од краја XVI века.

4. Да би биле створене реалне основице за систематску поделу права на јавно и приватно, требало је да све ове за правнике позног средњег века непропустиве препреке буду отклонене. Обим овог рада не дозвољава да пратимо сва збивања у европској историји и посебно на европским универзитетима у XVII и XVIII веку која су довела до стварања реалних услова за поделу на јавно и приватно. Набројаћемо само неке за наше питање значајне промене.

Од средине XVII века на универзитетима почињу да се предају и национална права. Са развојем апсолутистичких монархија велика важност се придаје изучавању организације државне власти. У XVIII веку неки од учених правника специјализују се за тај *ius publicum* и у обради институција државног уређења користе правну технику научену на студијама цивилног права. У XVIII веку се као посебна дисциплина издваја и кривично право. Крајем тог века као *ius commune* остаје од римског права још само оно што је заиста и било предмет рецепције, па се термином *ius civile* почињу означавати не више целокупно Јустинијаново право, већ само они његови делови који се, у измењеном облику, заиста и примењују. Цивилисти сада пишу пандекта намењена пракси и базирана на Јустинијановој кодификацији, а публицисти се баве државним правом, кривичним правом и кривичним поступком на основу норми националних права. Несразмера између дисциплина које су доцније сврстане у јавно право и оних које су припале области приватног права знатно је умањена.

На овакво стање у правној науци наилази систематизаторски рад припадника школе природног права, нарочито оних који су у први план стављали начин рада назван *mos geometricus*. Они су склони апстракцијама, јасном разграничењу правних појмова и правних области, систематизацијама. У погледу систематизације права је за њих била инспиративна она која је примењена у Институцијама, тако да се ни пандекта више нису писала према редоследу Јустинијанових Дигеста, већ по систему Институција.

Издавањем права које се односи на државно уређење, кривичног права и кривичног судског поступка из целине коју је дотле чинило *ius civile*, развојем тих научних дисциплина, развојем управног права у XIX веку и, на другој страни, систематизацијом цивилног права по гранама које су правници природно-правне школе јасно разграничили, дошло се до прага чије је прекорачење имало за логичну последицу систематизовање права у две велике области, област јавног и област приватног права. Та подела је већ у другој половини XIX века постала опште прихваћена *summa divisio*.

SUMMARY

A HISTORICAL REVIEW OF THE DIVISION OF LAW INTO PUBLIC LAW PRIVATE LAW

Roman jurists distinguished public law, *ius publicum*, from private law, *ius privatum*, but for them this did not mean *summa divisio*, a basic division of law into two large areas. There is a relatively small number of texts in which these concepts are used, and only in one of them there is an explanation of what is public law and what is private law. The fragment is from the Ulpianus Institution, of the propaedeutic character, and as such had been included in the Justinian Codex in two places. According to that text, *ius publicum* is the law regulating the Roman social and governmental order and the organisation of the religious cult, while *ius privatum* is the law pertaining to the interests of the individual.

In other texts *ius publicum* also has other meanings and opposite to it does not always have *ius privatum*, which is more rarely mentioned anyway. The diverse meanings of *ius publicum* are the result of the evolution of that notion. Originally, *ius publicum* meant law. During the time of Cicero it was the law that regulated the organization, functioning, even legislature of the Roman state. In the texts of the classical jurists these terms may be found not earlier than at the beginning of the second century. In the late classical period *ius publicum* had four meanings: first, the law regulating the organization of the Roman state, second, the law laid down by certain legislative bodies, third the entire standing legislature, and fourth, the law incorporating all the legal and ethical norms which cannot be amended or invalidated by the will of the individual. In this last meaning, *ius publicum* is very close to what is understood as the public order today. Its opposite concept is *ius privatum*, the sphere of legal relations which can be regulated by the will of the individuals.

During the time of the dominatus, *ius privatum* is not mentioned in the Imperial constitutions any more; *ius publicum* means state law.

Glossators and post-glossators, in spite of certain deviations, adhered for the most part to the adopted interpretation of Roman texts and did not make any classificational of law into public and private law. They were hindered in their task by many circumstances: attitude toward the Justinian Codification, feudal reasoning that *res privata* and *res publica* cannot be separated, the non-existence or undevelopment of public legal scientific branches (disciplines). Near the end of the Middle Ages *ius publicum* is the term describing the law regulating the social and governmental order.

It was in the nineteenth century that all these obstacles were removed and the division of law into public law and private law as the *summa divisio* of law uniformly recognised. The school of natural law gave a considerable contribution in that respect.

RÉSUMÉ

APERÇU HISTORIQUE SUR LA DIVISION DU DROIT EN DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ

Les juristes romains différenciaient le droit public, *ius publicum*, du droit privé, *ius privatum*, mais ils considéraient que ce n'était pas la *summa divisio*, la division fondamentale du droit en deux domaines. Le nombre des textes dans lesquels ces notions sont utilisées est relativement peu élevé et dans un de ces textes est formulée l'explication en quoi consistent le droit public et le droit privé. C'est le fragment des Institutes de Ulpien, de caractère propédeutique, qui est inclus dans la codification de Justinien à deux endroits. D'après ce texte *ius publicum* est le droit qui réglemente la structure de l'Etat romain et l'organisation du culte religieux, et *ius privatum* est le droit qui se rapporte aux intérêts des particuliers.

Dans les autres textes *ius publicum* a une autre signification et à l'opposé de celui-ci, en tant que complémentaire, ne se trouve pas toujours *ius privatum*, qui est, du reste, beaucoup moins employé. Les différentes significations de *ius publicum* sont le résultat de l'évolution de cette notion. Originellement *ius publicum* signifie la loi, à l'époque de Cicéron c'est le droit qui réglemente l'organisation et les fonctions, y compris les fonctions législatives de l'Etat romain. Dans les textes des juristes classiques ces expressions ne se trouvent qu'à partir du deuxième siècle. Dans la classique tardive *ius publicum* a quatre significations: le droit par lequel est réglementé l'organisation de l'Etat romain, le droit qui est créé par les organes législatifs déterminés, le droit positif tout entier et le droit qui comprend toutes les normes juridiques et éthiques qui ne peuvent pas être modifiés ou abrogées par la volonté des individus. D'après cette dernière signification *ius publicum* est en relation étroite avec ce que l'on appelle aujourd'hui l'ordre public. A l'opposé de celui-ci se trouve *ius privatum*, la sphère des rapports juridiques qui peuvent être réglés par la volonté des individus.

A l'époque du dominat dans les constitutions impériales *ius privatum* n'est plus mentionné et *ius publicum* signifie le droit d'Etat.

Les glossateurs et les post-glossateurs, malgré certaines digressions, ont conservé généralement une interprétation de conséquence des textes romains et ils n'ont pas effectué la division systématique du droit en droit public et droit privé. En poursuivant leur tâche ils ont été entravés par de nombreuses circonstances: leur rapport à l'égard de la codification de Justinien, les conceptions féodales que *res privatum* et *res publica* ne peuvent être séparés, l'inexistence ou l'imperfection des disciplines scientifiques de droit public. Vers la fin du Moyen Age *ius publicum* est le nom pour le droit qui réglemente l'organisation de l'Etat. Ce n'est qu'au dix-neuvième siècle que ces obstacles ont été éliminés et que la division en droit public et droit privé en tant que *summa divisio* du droit. A cela a largement contribué l'enseignement de l'école du droit naturel.

РАЗЛИКОВАЊЕ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ПРАВА

(I)

Са изузетком неколико, сва остала схватања о разлици јавног и приватног права настала су у последња два века. Први прегледи схватања потичу из друге половине 19. века, и наводе 5 до 7 ставова.¹⁾ Преглед начињен почетком века у Швајцарској обухвата 16 ставова,²⁾ а један новији у Немачкој, 20.³⁾ Најобу-

¹⁾ нпр. А. Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht (Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre), Weimar, 1878, с. 108 и д., Н. Rehm: Der Unterschied zwischen Privatem und Oeffentlichem Recht, (Hirth's) Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1885, с. 89 и д., А. Wach: Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht, Bd. I, Leipzig, 1885, с. 86 и д., F. J. Neumann: Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht, (Hirth's) Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 1886, с. 407 и д., E. Roguin: La règle de droit (analyse générale, spécialités — souveraineté des états, assiette de l'impôt, théorie des statuts, — système des rapports de droit privé précé de d'une introduction sur la classification des disciplines). Lausanne-Paris-Leipzig, 1889, с. 176 и д., А. Haenel: Deutsches Staatsrecht, Bd. I, Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig, 1892, с. 153 и д.

²⁾ а не 17, како се иначе наводи: један став, кога J. Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privat-recht (dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes), Affoltern a. A., 1904, у свом прегледу (с. 11 и д.) наводи (као 15-ти), комбинација је два друга (4-тог и 11-тог, уп. с. 14, 81)

³⁾ како тврди С. F. Menger: Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, u: Fortschritte des Verwaltungsrechts (Festschrift für H. J. Wolff), München, 1973, с. 149 за неког докторанда

хватнији преглед из наше предратне литературе садржи 9 ставова,⁴⁾ а нешто више, најобимнији послератни.⁵⁾

Преглед који следи завршава редним бројем 40 (обухватајући само чисте типове, а не и комбинације ставова). Ипак, не претендује на потпуност. Из два разлога. Приказујем разликовање јавног и приватног права, како се врши само у последња два века; јер, мада појмовни пар „јавно право“ — „приватно право“ постоји од раније,⁶⁾ тек у 19. веку означава супротстав-

⁴⁾ М. Лановић: Увод у правне науке, Загреб, 1942, с. 244 и д.

⁵⁾ Т. Живановић: Систем синтетичке правне филозофије (1. Синтетичка филозофија права, 2. Синтетичка филозофија правних наука), Београд 1959, с. 359 и д.

⁶⁾ У раном римском праву они означавају право потекло од државе (*jus publicum*) и правила које странке саме постављају за своје односе (*jus privatum*), а само се ретко употребљавају у оном другом значењу, које ће преовладати тек у посткласичном праву (уп. М. Kaser: *Das römische Recht, II. Abschnitt, Die nechtklassische Entwicklung*, München, 1959. с. 38, I. Abschnitt, *Des altrömische, das vorklassische und klassische Recht*; München 1955, с. 174, Е. Ehrlich: *Beitäge zur Theorie der Rechtsquellen, I. Theil, Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlin, 1902 с. 168 и д) и које је изражено у чувеном исказу *Ulpiana* (спорно је да ли је аутентичан или представља накондну интерполацију, глосу, о чему уп. М. Kaser: *Jus publicum — jus privatum, Studia et Documenta Historiae et Juris, XVII*, 1951, с. 267 и д.; Е. Molitor: *Über öffentliches Recht und Privatrecht (Eine rechtssystematische Studie)*, Karlsruhe, 1949, с. 8): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilit, quaedem privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praecceptis aut gentium aut civilibus (D, 1, 1, 2, а слично J, 1, 1, 4). — Заступници разних ставова о разлици јавног и приватног права позивали су се на наведену дефиницију, тврдећи да она изражава управо критеријум који заступају (уп. прим. 75, 239, 252, 285); најдаље је ипак отишао М. Вуковић: Опћи дио праћанског права. I. Загреб, 1959, с. 20 придајући јој следећи смисао: у јавно право опада све оно што се односи на владајућу класу у целини, а у приватно, оно што се односи на поједине представнике те класе. — О разликовању јавног и приватног права после римског права, у периоду рецепције, и све до 19. века, уп. Е. Ehrlich: *op. cit.*, с. 200 и д., Е. Molitor: *op. cit.*, с. 9 и д., 23 и д., Р. Godding: *La distinction entre droit public et droit privé dans les Pays-Bas Méridionaux avant 1800, u: Rapports belges au VII^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1966, с. 1 и д.*, S. Gagnér: *Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „Öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonischen Bereich, u: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin-Tübingen, 1967, с. 23 и д.*, Н. Müllejan: *Publicus und privatus im römischen Recht und in älteren kanonischen Recht, 1961, K. Grzybowski: Droit public — droit privé (la Pologne du XI^e au XVIII^e siècle), u: Rapports polonais présentés au septième Congrès international de droit comparé, Varsovie, 1966, с. 91 и д.*, L. Schöne: *Privatrecht und öffentliches Recht (Geschichte, Inhalts- und Bedeutungswandel eines juristischen Grundbegriffes)*, Freiburg i. Br. — Wemmetsweiler i. Saar, 1955, с. 18 и д., М. Bullinger:*

љене правне категорије, које се покушава прецизно разликовати, па разграничење постаје проблем и предмет дискусије. Али ни у погледу тог периода приказ не треба схватити као исцрпан, коначан; не зато што бих се намерно ограничио да прикажем тек неке ставове (само „најважније”, како се неретко чини, не објашњавајући на основу чега су најважнији); већ зато што ми није била доступна сва литература,⁷⁾ посвећена у Аустрији, Француској, Немачкој, Швајцарској, Енглеској, САД,⁸⁾ СССР, Југославији, овом проблему. А у погледу разликовања јавног и приватног права доиста готово да важи изрека: *quot capita, tot sententiae.*⁹⁾

(II)

Ево ставова, како су заступани и како су критиковани:

(1) Креација бога или човека (теорија божанске примесе)

Јавно право је божанског порекла; оно је креација бога; јавноправни однос посвећен је да испуњава његову мисију; служи вишем поретку, изнад свих користи. Јавно право садржи тако божанске примесе, а приватно не.^{9a)}

Öffentliches Recht und Privatrecht (Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1963, с. 16 и д., 32 и д., 51, F. Merzbacher: Staat und Jus publicum im deutschen Absolutismus, u: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin-Heidelberg-New York, 1967, с. 144 и д., D. Grimm: Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, u: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte (H. Coling zum 28. Februar 1972), Frankfurt a. M., 1972, с. 224 и д.

⁷⁾ У раду су изнесени ставови више од две стотине аутора, изражени у више него толико дела.

⁸⁾ Распрострањена је тврдња да се у Енглеској и САД на прави разлика између јавног и приватног права. Тврдњу ваља прецизирати: сами извори права не деле норме на јавноправне и приватноправне; говори се, истина, о private i public bills (acts, statutes), али ти изрази означавају само неке посебне врсте закона (уп. о њима Н. Cohen — А. P. G. Ransome: The Spirit of Our Law (British Justice at Work), London, 1956, с. 16 и д; неке је та терминологија навела да у томе виде разлику јавног и приватног права, нпр. Е. Molitor. op. cit., (у прим. 6), с. 22). Теорија, међутим врши разлику, уп. специјално разлици посвећене радове F. Pollock: The Contact of Public and Private Law, Cambridge Law Journal, 1, 1923, R. Pound: Public Law and Private Law, Cornell Law Quarterly, 1939, lc. 469 и д.

⁹⁾ како се изразио F. Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystemms, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 23, 1908, с. 536.

^{9a)} F. J. Stahl (по E. Roguin: op. cit. (u prim. 1), с. 176), исти: Rechts- und Staatslehre (auf der Grundlage christlicher Weltanschauung), Abt. 1, enthaltend die allgemeinen Lehren und das Privatrecht, Heidelberg, 1854, с. 302.

Критика: — Учење је постављено у интересу монархије и аристократије: будући да се о политичким намерама бога не може, наравно, ништа поуздано знати, учење њима пружа прилику да своје интересе представе као бољје.^{9b)} — Аутор учења још је под утиском апсолутистичке полицијске државе: прихвата, додуше, да постоје правни односи између државе и поданика, али му се чини немогућним да на исти ниво стави јавноправне односе и приватноправне односе, будући да у првима учествује omnipotentна држава насупрот немоћним поданицима, па зато издиже јавноправне, приписујући им бојанске примесе.^{9c)} ^{9d)}

(2) Друштвено или државно порекло правне норме (теорија порекла норме, теорија материјалног извора)¹⁰⁾

Приватно право је преддржавано или вандржавно, друштвено по пореклу; остаје приватно и ако га држава потврди и кодификује. Јавно право држава не затиче већ га сама ствара.¹¹⁾

Критика: — Тако је само у просеку: постоји како обичајно јавно право, тако и приватно, потекло од државе.¹²⁾ — Разлика одговара само неким епохама (нпр. времену пруског ALR); савремени законодавац доноси и јавноправне и приватноправне норме.¹³⁾ — Прихватање критеријума сасвим би изменило постојећу систематику грана права; поједини делови приватног постали би јавно право, и обрнуто;¹⁴⁾ водило би публицизацији целокупног права.¹⁵⁾

^{9b)} A. Menger: Neue Staatslehre, Jena, 1904, с. 162.

^{9c)} F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 557 и д.

^{9d)} E. Roguin: op. cit. (у прим. 1), с. 176 каже за теорију да је усамљена, и критикује је у ствари тако што јој (за разлику од других које наводи) не посвећује било какву пажњу; D. Grimm: op. cit. (у прим. 6), с. 242 објашњава теорију као израз политичке ситуације овог времена

¹⁰⁾ G. A. Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts, Stuttgart, 1928, с. 23 и L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 66 називају је „genetische Theorie”

¹¹⁾ E. Ehrlich: op. cit. (у прим. 6), с. 239 и д., H. Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. I, Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs, Hall a. S., 1894, с. 63, H. Schulze: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig, 1880, с. 1, F. Stoerk: Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien, 1885, с. 32, C. Crome; System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen-Leipzig, 1900, с. 73, up. i C. Gareis: Allgemeines Staatsrecht, Freiburg i B., 1887, с. 6.

¹²⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 61 и д., G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 23, и д., C. Gareis: op. cit. (у прим. 11), с. 6 да такво разликовање, какво чини ова теорија, није уобичајено.

¹³⁾ H. J. Wolf: Verwaltungsrecht, I, München — Berlin, 1961, с. 80.

¹⁴⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 62 L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 66 прим.

¹⁵⁾ G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 25.

(3) Индивидуално или типично обликована правна материја (теорија начина обликовања)

У приватном праву све је у битном генерално типично, у јавном, све индивидуално сингуларно; код приватноправне појаве индивидуално се губи поред типичног, код јавног, типично је у другом плану, иза индивидуалног. Уговор, лице, својина, породица, не мењају свој општи карактер с променом услова (за природу купопродаје свеједно је купује ли се часовник или роб); у јавном праву никада садржај материје није толико индиферентан, него су индивидуална обележја одређујућа (нема правне норме која би важила за грађанина уопште; за римског је другачија него за париског).¹⁶⁾

Критика: — Тврдња да је индивидуално битно у јавном, типично, битно у приватном, није правилна: константне форме, попут оних приватноправних, могу се уочити и у јавном праву, како у истим државама, у разним ситуацијама, тако и у различитим државама.¹⁷⁾ — Схватање почива на методолошкој грешци; правна наука није експликативна, већ нормативна, а ово схватање нема за свој предмет правне норме, већ друштвене односе, што није предмет правне него социолошке и историјске науке.¹⁸⁾

(4) Израз приватне својине (теорија приватне својине)

Приватно право је непосредан израз приватне својине на средствима за производњу; оно постоји и развија се заједно с њом и штити је; средиште приватног права чини слободно располагање приватном својином.¹⁹⁾

¹⁶⁾ F. Stoerk: op. cit. (у прим. 11), с. 73 и д., Афирмативно о таквој разлици и G. Prazák: Die principielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 4, 1889, с. 260 прим. 63. F. Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Berlin-Leipzig, 1924, с. 17 и д.

¹⁷⁾ G. Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1919, с. 19.

¹⁸⁾ H. Kelsen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 31, 1913, с. 86 прим. 39.

¹⁹⁾ Било да поделу сматрају могућом само до социјализма, или и у социјализму, заснивају је на тој разлици С. А. Голуњски — М. С. Строгович: Теорија државе и права, Београд, 1947 с. 246 и д., Совјетско грађанско право Београд, 1948, с. 1 и д., Р. Д. Лукић: Енциклопедија права, Београд, 1946, с. 102 и д., Р. Д. Лукић — В. Кошутих: Увод у право Београд, 1975, с. 401, М. Бартош: Увод у право, с. 333 и д., М. Ступар: Грађанско право, општи део, Београд, 1962, с. 29, Ј. Дујмов: Биљешке из опћег дијела грађанског права, Сплит, 1974. с. 23, В. Кошутих: Критеријуми који одређују груписање правних норми у одређене гране права и правне области, у:

Критика: — Подела је формалне природе: и јавно и приватно право штите приватну својину; приватно — приватну својину појединца, а јавно, приватну својину капиталиста као класе у целини.²⁰⁾ — Приватна својина је постојала и у феудализму, а право није дељено на јавно и приватно.²¹⁾ — Приватно право постоји и у друштву које почива на друштвеној својини средстава за производњу.²²⁾

(5) *Израз робно-новчане привреде (теорија робно-новчане привреде)*

Приватно право је функција робно-новчаних односа; оно је директан израз кретања својине по закону вредности према формули Р-Н-Р и Н-Р-Н, а јавно право је индиректан израз тог закона.²³⁾

Критика: — Не условљава робна производња настанак приватног права, него су и робна производња и приватно право условљени и омогућени у одређеном смислу приватном својином. Нема идентитета између буржоаске и социјалистичке робне производње, те не треба деобу права, коју би омогућавало постојање социјалистичке робне производње, подводити под стару формулу о јавном и приватном праву.²⁴⁾

(6) *Имовински карактер односа (теорија имовинских односа)*²⁵⁾

О систему права СФРЈ, Београд, 1979, с. 61 и д., и други нав. код Ј. Ђорђевић: Прилог читању система социјалистичког права ФНРЈ, Архив за правне и друштвене науке, 1, 1950, с. 21, исти: Прилог питању система и класификације правних наука у СФРЈ, у: Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Нови Сад, 1980, с. 17.

²⁰⁾ Б. Визнер: Грађанско право, Осиек, 1966, с. 30.

²¹⁾ В. Спаић: Увод у грађанско право, Сарајево, 1950, с. 14, исти: Грађанско право, Општи део и стварно право, Сарајево, 1971, с. 57.

²²⁾ Ж. С. Ђорђевић: Јавно и приватно право у социјализму. Анали Правног факултета у Београду, 4, 1967, с. 483, исти: Приватно право, у: Енциклопедија правних наука и права удруженог рада, том II, Београд, 1978, с. 1203, 1205.

²³⁾ А. Гамс: Увод у грађанско право (Општи део), Београд, 1952, с. 92 и д., исти: исто, Београд, 1959, с. 68, Р. Леградић: Теорија стварног права и стварно право ФНРЈ, Скопље, 1957, с. 70 и д., исти: Опћа теорија права (Увод у право), Осиек, 1960, с. 63, 46, Ж. С. Ђорђевић: Јавно (ор. cit. у прим. 19), с. 467, 483, исти: Приватно (ор. cit. у прим. 19), с. 1204 и д., Л. Дујмов: ор. cit. (у прим. 19), с. 24, М. Пелеш: ор. cit. (у прим. 85), с. 205.

²⁴⁾ Б. Кошутић: ор. cit. (у прим. 19), с. 62.

²⁵⁾ J. Holliger: ор. cit. (у прим. 2), с. 12, E. Roguin: La science juridique pure, tome III, Paris — Lausanne, 1923, с. 530, G. A. Walz: ор. cit. (у прим. 10), с. 22 и L. Schöne: ор. cit. (у прим. 6), с. 40 означавају је као Objektstheorie.

Приватно право регулише економски живот људи, односе имовинске природе, имовински промет; приватно је имовинско право.²⁶⁾

Критика: — Поистовећивање имовинског и приватног права је ексцентрично,²⁷⁾ превазиђено,²⁸⁾ и непотребно од када је правна заштита обезбеђена лицима и у односима са управом, јер, док се штитило само приватно право, проглашавањем свих имовинских односа за приватне, пружала се заштита лицима бар када је однос с управом имао имовински карактер.²⁹⁾ — Примени ли се критеријум, читаве категорије норми (нпр. о злоупотреби права, зарукама, имену) не би нашле своје место ни у јавном ни у приватном праву.³⁰⁾ Бројне норме јавног права

²⁶⁾ R. Sohm: Institutionen des römischen Rechts, Leipzig, 1894, с. 99 и д., 14 и д., исти: Institutionen (Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts), Leipzig 1899, с. 155 и д., 24 и д., (касније од 14. изд. 1911., напустио ту теорију), Bacon: Preparation towards the Union of Laws, у: Works, VII, с. 731 (по Т. Е. Holland: The Elements of Jurisprudence, London, 1924, с. 366) Т. Paumeister (по Ф. Тарановски: Енциклопедија права, Београд, 1923, с. 228), Kavelin (по Ф. Тарановски: исто, с. 229), V. Gsovski: Soviet Civil Law (Private Rights and their Background Under the Soviet Regime), Ann Arbor, 1948, с. 208), Meir (по V. Gsovski: исто, с. 208), Beking (по F. Taranovski: исто, с. 229), С. F. Gerber: Ueber öffentliche Rechte, 1852, с. 36 (по G. Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin, 1921, с. 7), М. М. Агарков и др: Советское публичное право, 1943—1944, с. 10 (по V. Gsovski: исто, с. 212) — немачка пракса примењивала је ову теорију и дуго пошто је у литератури напуштена за сдлуке уп. G. Lassar: исто с. 3, 9, 10 и д., 18 и д., 20 и д., 23 и д., 33 и д., 52, 56, 62, O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, München — Leipzig, 1924, с. 115 прим. 2, J. Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, Leipzig, 1927, с. 14, F. Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen, 1912, с. 32 и д., K. Herrmann: Die Grundlegung des öffentlichen Rechts, Berlin, 1931, с. 32, W. Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag (Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte), Leipzig, 1920, с. 123 прим. 1, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 41 и д., J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 157 прим. 273; — као један од критеријума усваја ову разлику F. v. Holtzendorff: Die Principien der Politik, Berlin 1860, с. 252, H. Schulze: op. cit. (у прим. 11), с. 1, G. Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig, 1899, с. 45 и д., F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 12; — по F. Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, Archiv für öffentliches Recht, Bd. IX, 1894, с. 489 теорија је одржива само ако се схвати тако, да су и јавноправни захтеви врло често усмерени у крајњој линији на редузимање приватноправних послова, најме на пренос својине.

²⁷⁾ Т. Е. Holland: op. cit. (у прим. 26), с. 130 прим. 1.

²⁸⁾ W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 123.

²⁹⁾ F. Fleiner: Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen, 1906, с. 4, 15, 16 и д., W. Jelinek: Verwaltungsrecht, Berlin, 1929, с. 44.

³⁰⁾ A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 144, G. Jelinek: op. cit. (у прим. 17), с. 59, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 67 и д., L. Schöne: op. cit. прим. 6), с. 43.

управо су имовинске природе³¹⁾ а приватног нису такве.³²⁾ Коси се са разликовањем јавног и приватног права, како је историјски настало и постоји, а учењу о разлици јавног и приватног права није задатак да коригује постојећу поделу, већ да је објасни.³³⁾

(7) Традиционално језгро — имовински и породични односи (теорија неспорне материје приватног права)

Приватно право чине имовинско и породично право; приватно право мора се одредити садржином регулисане материје; породични и имовински односи били су у римском, и у пандектном, а и у модерном су праву остали материја приватног права; сумња о припадности одређене материје приватном праву може се решити по степену њене сродности са овим неспорним материјама приватног права.³⁴⁾

³¹⁾ А. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 144, О. V. Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen, 1880, с. 107, E. Loening: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, с. 9., 56, G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 271 и д., А. Wach: op. cit. (у прим. 1), с. 89 и д., 95 и д., F. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Bd. 1, Einleitung-Allgemeiner Theil-Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1903, с. 25 прим. 12, G. Jellinek: op. cit. (у прим. 17), с. 60, F. Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen, 1922, с. 52, G. Lassar: op. cit. (у прим. 26), с. 93, E. Roguin: op. cit. (у прим. 25), с. 541, исти: op. cit. (у прим. 1), с. 178, C. Crome: op. cit. (у прим. 11), с. 74, H. Triepel: Der Konviktorien-Beitrag der Landschaft Norder-Ditmarschen (Zur Lehre von den Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht), у: Festschrift für H. Brunner, München — Leipzig, 1914, с. 543 и д., J. Hatschek: op. cit. (у прим. 26), с. 14, L. v. Köhler: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart — Berlin, 1936, с. 24 и д., G. Del Vecchio: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin, 1937, с. 275, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 23, E. Molitor: op. cit. (у прим. 6), с. 29, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 42, L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbbd. 1, Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen, 1959, с. 227, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 13), с. 80 — код нас В. Спаић: Увод (op. cit. у прим. 21), с. 11, Л. Дуимов: op. cit. (у прим. 19), с. 21.

³²⁾ уз наведене у претх. прим., уп. још M. v. Seydel: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, с. 56, V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 208.

³³⁾ Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 229 и д., М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246, Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 358.

³⁴⁾ R. Sohm: op. cit. (у прим. 26), с. 100, исти: op. cit. (у прим. 26, 1899), с. 24, 156, исти: Bürgerliches Recht, у: R. Stammler и др: Systematische Rechtswissenschaft, Leipzig — Berlin, 1913, с. 66, J. Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, Leipzig, 1892, с. 4, K. Wolff: Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechtes, Wien — Leipzig, 1923, с. 2, G. F. Puchta: Pandekten, Leipzig, 1856, с. 50, O. Fischer: Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Berlin — Leipzig, 1887, с. 38: уп. и L. Spiegel: Die Verwaltungsrechtswissenschaft (Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften), Leipzig, 1909, с. 144.

Критика: — И ако се занемари да је при одређивању степена сродности неизбежна извесна арбитрерност, остаје да су јавноправни елементи знатно заступљени и у ономе што је историјско приватно право. — Када кажемо да је законодавац неку материју регулисао „приватноправно” или „јавноправно”, ми са тим повезујемо сасвим одређену представу, па дакле материја која се регулише не може сама за себе бити то што карактерише приватно право.³⁵⁾

(8) *Регулисано грађанским закоником или ван њега (теорија грађанског законика, теорија формалног извора)*

Приватно право је све и само оно што је обухваћено грађанским закоником.³⁶⁾

Критика: — Приватноправне кодификације не обухватају целокупно приватно право; ван њих су, по правилу, приватноправни комплекси трговачког, меничног, ауторског, поморског и сличних права.³⁷⁾ Приватно правне кодификације садрже увек и низ јавноправних одредаба, јер законодавац тежи да што потпуније уреди институт, без обзира припада ли неко правило приватном или јавном праву.³⁸⁾ Из истог разлога изузима неку материју, не зато што би била јавноправна, него што је блиска овој, с њом повезана.³⁹⁾ — За неку материју управо тек тумачењем треба утврдити да ли је регулисана закоником зато што је законодавац сматра приватноправном, или је регулисана закоником мада је не сматра приватноправном; уношење материје у грађански законик једнако тако мало говори о приватноправном карактеру, као што испуштање из њега мало говори о јавноправном.⁴⁰⁾

(9) *Приватноправни и јавноправни титулус (теорија правног основа)^{40а)}*

³⁵⁾ L. Spiegel: op. cit. (у прим. 34), с. 144 и д.

³⁶⁾ F. Endemann: op. cit. (у прим. 31), 6. и 7. изд., с. 30 (од 8. изд. 1902. напушта ту теорију); — O. Pisko у H. Klang: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Halbbd. 1, Wien, 1933, с. 45 и L. Ennescherus — H. C. Nipperdey: op. cit. (у прим. 31), с. 228 и д. да за материју регулисану грађанским закоником важи претпоставка о приватноправној природи, па се у случају сумње може узети да је таква.

³⁷⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 49, C. Crome: op. cit. (у прим. 11), с. 71 прим. 1, H. Triepel: op. cit. (у прим. 31), с. 537 и д.

³⁸⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 50, C. Crome: op. cit. (у прим. 11), с. 71 прим. 1, H. Triepel: op. cit. (у прим. 31), с. 538.

³⁹⁾ H. Triepel: op. cit. (у прим. 31), с. 538 прим. 1.

⁴⁰⁾ H. Triepel: op. cit. (у прим. 31), с. 539.

^{40а)} често се тако назива (Rechtstiteltheorie).

Приватноправни је онај однос, право, захтев итд. који се заснива на одређеним правним основима, као што су уговор, накнада штете, застарелост, тестамент, *condictio*, *negotium gestio* (тзв. приватноправни титулус), док јавноправни потиче из другачијих основа.⁴¹⁾

Критика: — Теорија основа је *partie honteuse* јавног права⁴²⁾ — Она полази од правних установа које су обрађиване у пандектистици, погрешно узимајући да су зато приватноправне⁴³⁾; из тога што су се прво појавиле на подручју приватног права, не сме се закључивати да им је иманентна приватноправна природа.⁴⁴⁾ — То што се одређене правне форме, пре свега уговор, сматрају искључиво приватноправним, потиче из времена када је повучена само груба разлика између јавног и приватног права, па отпада за узнатредовалим, финијим уобличавањем правних форми, те је превазиђено самим развојем права.⁴⁵⁾ К томе, разлика у погледу коришћених правних форми све више нестаје; јавно право се служи категоријама створеним у приватном; једне те исте установе примењиве су и примењују се у јавном праву подједнако као и приватном; правни основ не одлучује о природи односа — из истог може настати било јавноправни било приватноправни однос;⁴⁶⁾ штавише, једна врста

⁴¹⁾ G. Funke: Die Verwaltung in ihrem Verhältniss zur Justiz, die Grenzlinie zwischen beiden und die Verwaltungsjustiz, Zwickau 1838, с. 57, 65, 163, 171; — за законодавство које прихвата тај критеријум, уп. А. Wach: *op. cit.* (у прим. 1), с. 90 прим. 31, F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 29), с. 23, F. Stein: *op. cit.* (у прим. 26), с. 32, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 65; — за аустријску праксу уп. одлуке код G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 301 прим. 136, где и одлуке које критикују ту теорију; — о теорији правног основа уп. F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 29), с. 23, F. Tezner: *op. cit.* (у прим. 26), с. 325 и д., 350 и д., G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 300, H. Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, с. 82, W. Apelt: *op. cit.* (у прим. 26), с. 123, J. Hatschek: *op. cit.* (у прим. 26), с. 13, H. J. Wolff: *Der Unterschied zwischen öffentlichen und privatem Recht*, Archiv des öffentlichen Rechts, 2, 1950, с. 208, исти: *op. cit.* (у прим. 13), с. 80; — по R. Herrnritt: *Oesterreichisches Verwaltungsrecht (Ein Grundriss der Rechtstheorie und Gesetzgebung der inneren Verwaltung)*, Tübingen, 1925, с. 14 треба претпоставити приватноправну природу ако је однос заснован на неком од наведених титулуса.

⁴²⁾ G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 300, F. Tezner: *op. cit.* (у прим. 26), с. 350, C. v. Lemayer: приказ O v. Sarwey, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, (Grünhut's) Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht, Bd. 3, 1881, с. 762.

⁴³⁾ G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 300, H. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 80.

⁴⁴⁾ F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 29), с. 23.

⁴⁵⁾ W. Apelt: *op. cit.* (у прим. 26), с. 123 и д.

⁴⁶⁾ A. Wach: *op. cit.* (у прим. 1), с. 90 и д., G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 301, A. Haenel: *op. cit.* (у прим. 1), с. 159 прим. 7, F. Tezner: *op. cit.* (у прим. 26), с. 352 и д., F. Stein: *op. cit.* (у прим. 26), с. 32, C. Cro-

уговора спада само у јавно право (међународни уговори).⁴⁷⁾ — На то се узвраћа: да је по среди недопуштено уопштавање — преузимање приватноправних установа у јавно, умесно је само за попуњавање правних празнина, не и иначе;⁴⁸⁾ да се само у у ширем смислу може говорити о јавноправним пословима, а када се посао склапа у вршењу службе, постоји битна разлика, па није по среди ни јавно ни приватно право.⁴⁹⁾ — Разлика се чини путем правне форме, но једино правни садржај може да буде одређујући.⁵⁰⁾ — Грешка је што као одлучујући елемент деобе није узета правна норма, јер правна установа је сувише широка да би служила разграничавању⁵¹⁾

(10) Аутономија и правни посао (теорија аутономије)

Приватно право стварају сами субјекти, аутономно, својом вољом, правним пословима, а јавно је неаутономно, створено вољом државе.⁵²⁾ — Приватно је право о аутономији, слободном уређивању односа правним пословима, једностраним и двостраним; зато је првенствено диспозитивно, али је императивно када одређује границе аутономије.⁵³⁾

me: op. cit. (у прим. 11), с 74, J. Kohler: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig, 1902 с. 107 и д., F. Fleiner: op. cit. (у прим. 29), с. 23, J. Hatschek: op. cit. (у прим. 26), с. 13, H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 82, K. Herrmann: op. cit. (у прим. 26), с. 35, K. Stern: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, Archiv des öffentlichen Rechts, 3, 1959, с. 313, C. F. Menger: op. cit. (у прим. 3), с. 151 и д.; одлука код O. Mayer: op. cit. (у прим. 26), с. 118 прим. 8.

⁴⁷⁾ G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 301.

⁴⁸⁾ F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 6; уп. и O. Mayer: op. cit. (у прим. 26), с. 118, а специјално о томе могу ли се приватноправне нормe аналогно применити у јавном праву, R. Joerges: Können privatrechtliche Vorschriften analog im öffentlichen Recht angewendet werden?, Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis, 3, 1921, с. 290 и д.

⁴⁹⁾ A. Gysin: Öffentliches Recht und Privatrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht, 4, 1930, с. 508 и прим. 1 на тој стр.

⁵⁰⁾ W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 124; донекле G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 300.

⁵¹⁾ H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 212.

⁵²⁾ Bluntschli: Allgemeines Statsrecht, Bd. 1, München, 1863, с. 4, W. Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts), Basel, 1927, с. 16, 17, 19 и д., 27, 41, 43, 47, исти: Methode und System des Rechts (mit Beispielen), Zürich, 1936, с. 58 и д., 132 и д., 137, 153, 155, 166, 170, 172 и д., 224 и д.

⁵³⁾ C. G. Wächter: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, Allgemeine Lehren, Stuttgart, 1842, с. 5 и прим. 5 на тој стр., 6 и д., L. v. Stein: Handbuch der Verwaltungslehre, Theil 1, Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften, Stuttgart, 1887, с. 370, A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 495, 496,

Критика: — Сматрати да је приватно право, право створено аутономно, вољом субјекта, а јавно, неаутономно, вољом државе, значи поредити неупоредиво — упоређивати акте примене (аутономно примењивих диспозитивних државних норми) са актима стварања норми; јер у оба случаја држава ствара норму (само што је у једном њена примена остављена на вољу субјеката).⁵⁴⁾ — Преуско је свести приватно право на правне послове;⁵⁵⁾ аутономије често нема у породичном и наследном праву.⁵⁶⁾ — Ако је правда битно обележје права, а приватно би се право карактерисало аутономијом, будући да је она супротност правде, приватно право не би било никакво право.⁵⁷⁾ — Као одлучујући елеменат изабрано је стање из којег настају правне последице; међутим, критеријум поделе могу бити једино саме норме.⁵⁸⁾

(11) *Императивне или диспозитивне норме (теорија дејства норме)*⁵⁹⁾

Приватноправне су оне норме чија примена зависи од воље адресата, дакле диспозитивне, јавноправне су императивне.^{60) 61)}

497, 503, 504, 505, Schuster: Commentar, с. 30 (по L. Pfaff — F. Hoffman: Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 1, Abt. 1, Wien, 1877 с. 119 прим. 12), Pokrovski, с. 8 и д. (по V. Gsovski: op. cit. (у прим. 20), с. 209 и д.), Гражданское с. 10 (по V. Gsovski: исто, с. 199 и д., 211 и д.); М. М. Агарков и др. (по V. Gsovski: исто, с. 212) критикујући поделу на јавно и приватно право, поистовећују је са поделом по том критеријуму.

⁵⁴⁾ H. Nawiasky: Allgemeine Rechtslehre (als System der rechtlichen Grundbegriffe), Einsiedeln — Zürich — Köln, 1948, с. 291, исти: Allgemeine Staatslehre, Teil 3, Staatsrechtslehre, Einsiedeln-Zürich — Köln, 1956, с. 163

⁵⁵⁾ R. Leonhard: Institutionen des römischen Rechts (Ein Lehrbuch), Leipzig, 1894, с. 32

⁵⁶⁾ H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 208

⁵⁷⁾ H. Nawiasky: Rechtslehre (op. cit. у прим. 54), с. 292, 215, 25

⁵⁸⁾ H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 208

⁵⁹⁾ G. A. Walz: op. cit. у прим. 10), с. 29, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 212 и L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 52 називају је Verfügungs-theorie

⁶⁰⁾ F. v. Holtzendorff: op. cit. (у прим. 26), с. 252, L. v. Stein: op. cit. (у прим. 53), с. 371 и д., H. Thöl: Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 1851, с. 120 Petražicki (по Ф. Тарановски: оор. cit. (у прим. 26), с. 223, V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 208), модификовано H. Krüger: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, 1964, с. 321, 323; — као један од критеријума, разлику усвајају K. G. Bruns: Das Pandektenrecht, у (v. Holtzendorff's) Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1890, с. 435, A. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, Erlangen, 2 изд., с. 110, C. G. v. Wächter: op. cit. (у прим. 53), с. 6 и д., 5, Pokrovski (по V. Gsovski: исто, с. 208 и д.), Гражданское (по V. Gsovski: исто, с. 212), A. Merkel: Juristische Enzyklopädie, Berlin-

Критика: — Само је у просеку тако;⁶²⁾ чак ни то, јер у свим деловима правног система има норми обе врсте: јавноправних које су диспозитивне,⁶³⁾ и императивних приватноправних;⁶⁴⁾

Leipzig, 1920 с. 60 и д., R. Schmidt: Einführung in die Rechtswissenschaft (Grünzüge des deutschen Recht mit den Anfangsbegriffen der Rechtslehre und den Anfangsgründen der Rechtsphilosophie), Leipzig, 1923, с. 17, O. Fischer: op. cit. (у прим. 34), с. 37, I. Vanni: Lezioni di filosofia del diritto, Bologna, 1908, с. 90, R. Herrnritt: op. cit. (у прим. 41), с. 13, 14, L. Pfaff — F. Hoffman: op. cit. (у прим. 53), с. 124 и д., F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 5 и д., W. Burckhardt: Organisation (op. cit. у прим. 52), с. 16, 17, 19, 23 и д., 27, 226, 228, 290, исти: Methode (op. cit. у прим. 52), с. 59, 153 и д., 170 и д., 224 и д., J. Ghestin — G. Goubeaux: Traité de droit civil, Introduction générale, Paris, 1977, с. 61; — као један од критеријума, разлику усвајају код нас Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 224, Ђ. Тасић: Увод у правне науке, Београд град, 1941, с. 149, 150, Ј. Марковић: Грађанско право, I, Општи део и стварно право, Београд, 1912, с. 18

⁶¹⁾ По једном то значење је имао Папинианов изказ: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D 2, 14), тако H. Thöl: op. cit. (у прим. 60), с. 118 и д., A. Brinz: op. cit. (у прим. 60) с. 110, R. Herrnritt: op. cit. (у прим. 41), с. 14, Ј. Марковић: op. cit. (у прим. 60), с. 18, док по другим он никако не значи да је само јавно право императивно, тако Bülow: *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd. 64, 1881 с. 69 и д., 100 и д., E. Ehrlich: po. cit. (у прим. 6), с. 191, 240, F. Regelberger: *Pandekten*, Bd. 1, Leipzig, 1893, с. 130, C. E. Leuthold: *Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte*, (Hirth's) *Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 1884 с. 358, F. J. Stahl: *Rechts- und Staatslehre (auf der Grundlage christlicher Weltanschauung)*, Alt, 1, enthaltend die allgemeinen Lehren und das Privatrecht, Heidelberg, 1854, с. 304 и д., J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 64, A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 506, G. Del Vecchio: op. cit. (у прим. 31), с. 274 G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 29, H. Kummer: *öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 104, 1944, с. 44, E. Molitor: op. cit. (у прим. 6), с. 29, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 52

⁶²⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 63

⁶³⁾ F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 304, Bülow: op. cit. (у прим. 61), с. 69 и д., 100 и д., 108, C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 358, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 63, R. Herrnritt: po. cit. (у прим. 41), с. 14, G. Del Vecchio: op. cit. (у прим. 31), с. 274, H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 82, E. Roguin: op. cit. (у прим. 31), с. 183, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 29, H. Nawiasky: *Staatslehre* (op. cit. у прим. 54), с. 163, H. Huber у: (Bern) *Kommen'tar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. 1, Abt. 1, Einleitung, Bern, 1966, с. 521, C. F. Menger: op. cit. (у прим. 3), с. 157, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 13), с. 81; — код нас Ч. Марковић: *Грађанско право I, Увод у право у опште*, Београд, 1928, с. 101, Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 362; — E. Rougin: op. cit. (у прим. 25), с. 521 прихвата разлику у том смислу да диспозитивне норме у приватном праву чине систем, док у јавном нема система таквих норми

⁶⁴⁾ F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 304, Bülow: op. cit. (у прим. 61), с. 69 и д., 100 и д., 108, C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 359, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 63, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с.

став је зато неупотребив, мада му се не може (као неким другим) пребацити да деобу врши по метаправним елементима — диспозитивност и императивност су елементи иманентни праву.⁶⁵ — Примена критеријума изазвала би знатно прегруписање унутар постојеће систематике и онога што се традиционално сматра јавним или приватним правом;⁶⁶) прегруписање не би значило добитак: код раздвојених норми не би се могле уочити било какве темељне различитости, нити код новоуједињених, нека таква заједништва;⁶⁷) прегруписањем свеле би се у једно норме између којих постоје битне разлике, чиме би се ове прикриле.⁶⁸) — Ово схватање води реакционарном ставу о деловању јавног права (нпр. да само за приватно право важи начело правне снаге, а за јавно променљивости.)⁶⁹) — Поистовећивање јавног са императивним, приватног са диспозитивним је сувишно откако наука располаже изразима *ius cogens* и *ius dispositivum*, а опасно као и свака двозначност.⁷⁰)

(12) Јавни или приватни интерес (теорија интереса)

Јавном праву је циљ да служи заједници, јавним интересима; приватном — појединцу, приватним интересима⁷¹) (чиста

29, K. Herrmann: *op. cit.* (у прим. 26), с. 44, 47, P. Roubier: *Théorie générale du droit*, Paris, 1946, с. 247, E. Roguin: *op. cit.* (у прим. 25), с. 520, G. Del Vecchio: *op. cit.* (у прим. 31), с. 274, H. Nawiasky: *Staatslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 163, J. Esser: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates* (Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie), Wien, 1949, с. 192, H. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81, G. Marty — P. Raynaud: *Droit civil, I, Introduction générale a l'étude du droit et des institutions judiciaires, les personnes*, Paris, 1961, с. 62 и д., H. Huber у: *op. cit.* (у прим. 63), с. 521, C. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 157; — код нас Ч Марковић: *op. cit.* (у прим. 63), с. 101, Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 362, В. Стајић: *Увод* (*op. cit.* у прим. 21), с. 11 и д., Л. Дујмов: *op. cit.* (у прим. 19), с. 22, Ж. С. Ђорђевић: *Приватно* (*op. cit.* у прим. 22), с. 1195

⁶⁵) H. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 82, 81

⁶⁶) J. Holliger: *op. cit.* (у прим. 2), с. 64, 62, M. Zuleeg: *Die Rechtsform der Subvention*, Berlin, 1965, с. 28, и д., C. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 157; — код нас Ф. Тарановски: *op. cit.* (у прим. 26), с. 225, И. Крбек: *Право јавне управе ФНРЈ, I, Основна питања и права грађана*. Загреб, 1960, с. 108 прим. 5, Р. Д. Лукић — Б. Кошутић: *op. cit.* (у прим. 19), с. 401

⁶⁷) H. Nawiasky: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 292

⁶⁸) H. Nawiasky: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 293

⁶⁹) И. Крбек: *op. cit.* (у прим. 66), с. 108 прим. 5.

⁷⁰) J. Holliger: *op. cit.* (у прим. 2), с. 64

⁷¹) F. C. v. Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840, с. 23, F. J. Neumann: *op. cit.* (у прим. 1), с. 408, 413 и д., R. Sohm: *op. cit.* (у прим. 26), 1911, с. 25 и д., C. Gareis: *op. cit.* (у прим. 11), с. 7, H. Schulze: *op. cit.* (у прим. 11), с. 1, K. G. Bruns: *op. cit.* (у прим. 60),

теорија интереса, теорија циља). ⁷²⁾ — Јавно право првенствено, непосредно, претежно служи јавним интересима; приватно на исти начин приватним⁷³⁾ (модификована теорија интереса, тео-

с. 298, R. Schmidt: op. cit. (у прим. 60), с. 8, A. Merkel: op. cit. (у прим. 60), с. 58 и д., T. Sternberg: Allgemeine Rechtslehre, Teil 2, Das System, Leipzig, 1904, с. 23, исти: Einführung in die Rechtswissenschaft, Teil 2, Das Rechtssystem, 1. Hälfte, Grundbegriffe und Privatrecht, Berlin — Leipzig, 1922, с. 20, O. v. Gierke: Die Grundbegriffe des Staatsrechts (und die neuesten Staatsrechtstheorien), Tübingen, 1915, с. 108, M. Layer: Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig, 1902, с. 334, Шершеневич (по Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 222) а донекле измењену заступа је Н. Krüger op. cit. (у прим. 60), с. 322 и д.; код нас З. Пишчулић — И. Ђеђ: Основи приватнога права у Војводини, Београд, 1924, с. 2, А. Груиче: Грађанско право, Општ дел, Скопје, 1976, с. 37; — старија и нова инострана пракса код G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 305 прим 151, G. Lassar: op. cit. (у прим. 26), с. 17 и д., 20 и д., E. Jung: Über die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffs, Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis, 2, 1919, с. 295, E. Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927, с. 378 прим. 6, H. Huber: op. cit. (у прим. 63), с. 519, O. Bachof: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht (in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts), Bd. 2, Tübingen, 1967, с. 308 и д., исти: Über öffentliches Recht, у: Festgabe Bundesverwaltungsgericht, 1978, с. 6 и д., W. Martens: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v. d. H. — Berlin — Zürich, 1969, с. 94, C. F. Menger: op. cit. (у прим. 3), с. 158; — као један од критеријума, разлику усвајају F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 14 и д., J. W. Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin — Leipzig, 1927, с. 9 и д., 228 и д., J. Ghestin — G. Gobeaux: op. cit. (у прим. 60), с. 61, P. Bähr — R. Hoffmann: Grunzüge des Bürgerlichen Rechts, München, 1978, с. 8, а код нас Ј. Марковић: op. cit. (у прим. 60), с. 17, Ђ. Тасић: op. cit. (у прим. 60), с. 149, 150, А. Гамс: op. cit. (у прим. 23), с. 92; — многи, мада и сами критикују ову теорију, истичу да она садржи „здраво језгро“, „полозну тачку“, „први ослонац“.

⁷²⁾ У старијој лит. готово подједнако су заступљени и назив „теорија интереса“ и назив „теорија циља“; у новијој, превладава први, а као „чисту теорију интереса“ означава је G. Boehmer: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Buch 1, Das bürgerlichen Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen, 1950, с. 167.

⁷³⁾ H. Rehm: op. cit. (у прим. 1), с. 89, 91, G. Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts, Abt. 1, Allgemeiner Theil, Das allgemeine bürgerliche Recht, Berlin, 1885, с. 16 и д., B. Geyer: Geschichte und System der Rechtsphilosophie, 1863, с. 200, I. Vanni: op. cit. (у прим. 60), с. 89, F. Endemann: op. cit. (у прим. 31), с. 27, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 61, L. Pfaff — F. Hoffmann: op. cit. (у прим. 53), с. 121, C. Gareis: op. cit. (у прим. 11), с. бид., исти: Rechtsenzyklopädie und Methodologie (als Einleitung in die Rechtswissenschaft), Giesen, 1920, с. 66, H. Triepel: op. cit. (у прим. 31), с. 545, F. Lassar: op. cit. (у прим. 26), с. 1, O. Fischer: op. cit. (у прим. 34), с. 37, T. Sternberg: Einführung in die Rechtswissenschaft, Teil 1, Methoden- und Quellenlehre, Berlin — Leipzig, 1927, с. 20, W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 124 и д., 129 и д., F. Pollock: Jurisprudence and Legal Essays, London, 1961, с. 51 и д.; код нас заступа је И. Мауровић: Нацрт предавања о сфем приватном праву. I, Опћи дио, Загреб, 1919, с. 1; — за законодавство уц. L. v. Köhler: op. cit. (у прим. 31), с. 25, H. J. Wolff: op. cit. (у

рија претежног интереса). — Критеријум није то да ли је циљ норме да служи првенствено јавном или приватном интересу, већ да ли је у самој норми јавни интерес форсиран, у ком је случају јавноправна, а приватноправна је ако се у самој норми не прави разлика по вредности између јавног и приватног интереса⁷⁴⁾ (теорија у норми садржаног протежирања јавног интереса).⁷⁵⁾

Критика: — Теорија интереса је превазиђена у сваком погледу.⁷⁶⁾ По среди је најнејаснији од свих критеријума,⁷⁷⁾ најлабилнији,⁷⁸⁾ необјективан,⁷⁹⁾ растегљив,⁸⁰⁾ метафизички,⁸¹⁾

прим. 41), с. 206 прим. 1, Н. П. Rill: Zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, Österreichische Zeitschrift für öffentlichen Recht, 3—4, 1961, с. 465 и д., W. Weber: Öffentliches Recht, u Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 8, Stuttgart — Tübingen — Göttingen, 1964, с. 41 и д.; — као један од критеријума, прихватају је А. Wach: op. cit. (у прим. 1), с. 96, А. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 133, А. Menger: System des oesterreichischen Civilprozessrechts (in rechtsvergleichender Darstellung), Bd. 1, Der allgemeine Theil, Wien, 1876, с. 121 и д., Е. Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien, 1886, с. 2, G. Jellinek: op. cit. (у прим. 17), с. 53, R. Sohm, op. cit. (у прим. 26), 1911, с. 25 и д., В. Е. Grueber: Einführung in die Rechtswissenschaft (Eine juristische Enzyklopädie und Methodologie), Berlin, 1919, с. 55, R. Schmidt: op. cit. (у прим. 60), с. 8, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 30, 32, Н. Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin — Leipzig, 1933, с. 1 и д., Н. Lehmann — Н. Hübner: исто, Berlin, 1966, с. и д., F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 14 и д., L. v. Köhler: op. cit. (у прим. 31), с. 25, R. Herrnritt: op. cit. (у прим. 41), с. 13, W. Laforet: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, с. 13 и д., G. Boehmer: op. cit. (у прим. 72), с. 167, Н. Huber: op. cit. (у прим. 64), с. 519, а код нас Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 367 и д.

⁷⁴⁾ Н. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 81, Н. Hawiasky: Staatslehre (op. cit. у прим. 54), с. 168 и д., исти: Rechtslehre (op. cit. у прим. 54), с. 294 и д., Н. П. Rill: op. cit. (у прим. 73), с. 466 и д.

⁷⁵⁾ Многи заступници теорије интереса, а и многи који то нису, приписују Улпијановом исказу (нав. у прим. 6) заснивање теорије интереса, ослањајући такво тумачење на онај део исказа, у коме је употребљена реч „utilitas” и позивајући се на реченицу која прва следи (sunt enim...). Противници тога да се тој изреци прида значење теорије интереса, указују да разлика није проведена према utilitas, већ према „status”, позивају се на реченицу која следи као друга (publicum ius in sacris...), тако F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 302 прим., Е. Ehrlich: op. cit. (у прим. 6), с. 159, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 154 прим. 252, F. Regelsberger: op. cit. (у прим. 61), с. 114 и д., а код нас Б. Т. Благојевић: Начела приватног процесног права, Београд, 1936, с. 144.

⁷⁶⁾ Е. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, München — Berlin, 1955, с. 92.

⁷⁷⁾ W. Leisner: Grundrechte und Privatrecht, München — Berlin, 1960, с. 203.

⁷⁸⁾ F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 558.

⁷⁹⁾ Н. Kelsen: op. cit. (у прим. 18), с. 78.

⁸⁰⁾ G. Del Vecchio: op. cit. (у прим. 31), с. 275.

⁸¹⁾ L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 45.

врло непоуздан.⁸²⁾ Појам интереса је релативан, променљив, нејасан,⁸³⁾ пун је прелива и питање је постоји ли уопште један појам, који би био заједнички за приватни и јавни интерес (интерес као корист, као жеља и тежња, као пожуђа, као однос средство-циљ, као разуман циљ, као виши циљ и идеал, као циљ заједнице, као интерес у погледу норме и норми иманентан интерес, и др.).⁸⁴⁾ — Појам јавног интереса је многозначан;⁸⁵⁾ садржи два хетерогена обележја: о јавности интереса одлучује, с једне стране, вредносни карактер (квалитет), а с друге, његова распрострањеност (квантитет), а они се могу тако степеновати и комбиновати, да потпуно ишчезне граница између јавног и приватног интереса.⁸⁶⁾ Граница међу њима није чврста: приватни интереси се појачавају на разне начине и квалитативно мењају од обични сумираних приватних, преко групних, до јавних.⁸⁷⁾ Јавни се састоји из суме приватних, па би следило да је јавно право и приватно.⁸⁸⁾ Због тесне повезаности једних и других, немогуће их је одвојити или бар не строго.⁸⁹⁾ Зато је, дијалектички посматрано, обичан вештачки захват приказивати једне као одлучујуће.⁹⁰⁾ А доказ колико је тешко разграничити их, јест то што неки виде још један, трећи појам (мешовито право), тамо где су јавни с приватним интересима неодвојиво повезани.⁹¹⁾ Нема мерила за то где престаје јавни интерес или претежност таквог.⁹²⁾ Колико је с модификованом теоријом добијено на еластичности критеријума, толико је изгубљено на

⁸²⁾ E. Forsthoff: *op. cit.* (у прим. 76), с. 92, F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 31), с. 53, A. Ramc: *op. cit.* (у прим. 23), 1952, с. 89.

⁸³⁾ A. Wach: *op. cit.* (у прим. 1), с. 93 прим. 39.

⁸⁴⁾ H. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 518.

⁸⁵⁾ H. J. Neumann: *op. cit.* (у прим. 1), с. 415, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 43, М. Пелеш: Однос јавног и приватног права, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1972, с. 202 и д.

⁸⁶⁾ A. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 484 и д.

⁸⁷⁾ H. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 518.

⁸⁸⁾ J. Austin: *Lectures, I, 404* (по F. Somló: *Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, с. 490, E. Roguin: op. cit. (у прим. 25), tome I, с. 23, A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 113.*

⁸⁹⁾ H. Drnburg: *Pandekten, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Berlin, 1902, с. 45, G. Del Vecchio: op. cit. (у прим. 31), с. 275, а код нас Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 222, Ч. Марковић: op. cit. (у прим. 63), с. 99, М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 245, Ђ. Ташић: op. cit. (у прим. 60), с. 148; исто тврде, не указујући да су тесно везани, H. Krüger: op. cit. (у прим. 60), с. 321, H. Huber: op. cit. (у прим. 64), с. 518, В. Спаић: op. cit. (у прим. 21), 1950, с. 12, исти: op. cit. (у прим. 21), 1971, с. 53; уп. и H. Nawiasky: *Rechtslehre, op. cit. (у прим. 54), с. 295, исти: Staatslehre (op. cit. (у прим. 54), с. 168, 169.**

⁹⁰⁾ L. Spiegel: *op. cit.* (у прим. 34), с. 143.

⁹¹⁾ G. Del Vecchio: *op. cit.* (у прим. 31), с. 275.

⁹²⁾ K. Herrmann: *op. cit.* (у прим. 26), с. 39.

његовој јасноћи.⁹³⁾ Да би се утврдила претежност једног интереса, нужно би било упоређивање неупоредивих елемената,⁹⁴⁾ делом правно, делом економско, делом политичко одмеравања,⁹⁵⁾ мучно испитивање ситуације, што је утолико мање умесно, јер би од тога зависило већ питање надлежности.⁹⁶⁾ — Немогуће је одредити која норма штити јавне а која приватне интересе,⁹⁷⁾ који је интерес законодавац хтео да заштити у крајњој линији.⁹⁸⁾ — Приватни се интерес по правилу и не штити ако није обезбеђен и јавни.⁹⁹⁾ Приватни интереси морају да су и општи, да би били правом уређени.¹⁰⁰⁾ Приватни се интерес признаје само када је то и у општем интересу потребно.¹⁰¹⁾ — Свака норма, да би била морално обавезна, мора да се легитимише својом везом са јавним интересом.¹⁰²⁾ Свака норма служи јавно интересу.¹⁰³⁾ Свако подручје живота прожето је јавним интересима.¹⁰⁴⁾ Јавна корист једне норме не мора да буде у супротности с њеном приватном корисношћу.¹⁰⁵⁾ Неке јавно-правне норме непосредно служе приватним интересима.¹⁰⁶⁾ И

⁹³⁾ G. Marty — P. Raynaud: *op. cit.* (у прим. 64), с. 63, М. Лановић: *op. cit.* (у прим. 4), с. 245.

⁹⁴⁾ E. Jacobi: *op. cit.* (у прим. 71), с. 378, L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: *op. cit.* (у прим. 31), с. 228.

⁹⁵⁾ L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 45.

⁹⁶⁾ G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 306.

⁹⁷⁾ Р. Д. Лукић — В. Кошуткић: *op. cit.* (у прим. 19), с. 400.

⁹⁸⁾ A. Baumgarten: *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. I. Die theoretische Grundlegung*, Tübingen, 1920, с. 348, II—III, *Kasustik und zusammenfassende Darstellung*, Tübingen, 1922, с. 13.

⁹⁹⁾ Ч. Марковић: *op. cit.* (у прим. 63), с. 99, В. Спаић: *op. cit.* (у прим. 21), 1950, с. 12.

¹⁰⁰⁾ Korkunov, с. 258 (по Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 368.

¹⁰¹⁾ G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 53.

¹⁰²⁾ A. Baumgarten: *op. cit.* (у прим. 98), I, с. 348.

¹⁰³⁾ С. Е. Leuthoid: *op. cit.* (у прим. 61), с. 343 и д., 347, 353, 366, 368, 378, 387, A. Thon: *op. cit.* (у прим. 1), с. 110, и д., F. Regelsberger: *op. cit.* (у прим. 61), с. 115, J. Holliger: *op. cit.* (у прим. 2), с. 61, E. Kaufmann: *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, у K. v. Stengel — M. Fleischmann: *Vörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, Tübingen, 1914, с. 702, L. Spiegel: *op. cit.* (у прим. 34), с. 143, H. Triepel: *op. cit.* (у прим. 31), с. 545 прим. 2, K. Herrmann: *op. cit.* (у прим. 26), с. 38, H. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 78, исли: *op. cit.* (у прим. 41), с. 81, E. Roguin: *op. cit.* (у прим. 31), с. 177, E. Jacobi: *op. cit.* (у прим. 71), с. 378, E. Riezler: *Obliteration des frontieres entre le droit privé et le droit public*, у: *Introduction a l'étude du droit comparé, Partie 5, Le droit comparé comme science sociale*, Paris, 1938, с. 125, L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: *op. cit.* (у прим. 31), с. 227, H. Lehmann — H. Hübner: *op. cit.* (у прим. 73), с. 3, H. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81, H. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 518, C. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 158, М. Пелеш: *op. cit.* (у прим. 85), с. 204.

¹⁰⁴⁾ J. Esser: *op. cit.* (у прим. 64), с. 193.

¹⁰⁵⁾ F. Somló: *op. cit.* (у прим. 88), с. 490.

¹⁰⁶⁾ C. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 159.

сам законодавац помиње јавне интересе у неким иначе приватноправним нормама.¹⁰⁷⁾ Јавни интерес може постојати у погледу приватноправне творевине, као и приватни, у погледу јавноправне.¹⁰⁸⁾ Није тачно да приватно право има мање афинитета за јавне интересе.¹⁰⁹⁾ Јавне интересе држава остварује и средствима приватног права.¹¹⁰⁾ Штитећи приватне интересе, право штити и јавне.¹¹¹⁾ Када држава учествује у правном односу приватног права, норме приватног права штите јавни интерес.¹¹²⁾ Једна те иста норма може служити и јавном и приватном интересу.¹¹³⁾ Често приватна и јавна норма остварују исте интересе.¹¹⁴⁾ Законодавац може да изабере да ли ће остваривање јавног интереса поверити јавном или приватном праву.¹¹⁵⁾ Приватно право пуно је норми у јавном интересу,¹¹⁶⁾ а јавно, оних у приватном.¹¹⁷⁾ Готово свака, свака норма остварује и приватне и јавне интересе.¹¹⁸⁾ Применом теорије интереса у не-

¹⁰⁷⁾ Н. Lehmann — Н. Hübner: op. cit. (у прим. 73), с. 3, Е. Molitor: op. cit. (у прим. 6), с. 30, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 47.

¹⁰⁸⁾ Н. J. Wolff: op. cit. (у прим. 13), с. 81, С. F. Menger: op. cit. (у прим. 3), с. 168.

¹⁰⁹⁾ Р. Häberle: Öffentliches Interesse als juristisches Problem (Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung), Bad Homburg, 1970, с. 7111.

¹¹⁰⁾ Е. Forsthoff: op. cit. (у прим. 75), с. 82.

¹¹¹⁾ G. Del Vecchio: op. cit. (у прим. 31), с. 274 и д.

¹¹²⁾ X. Келзен: Општа теорија права и држава, Београд, 1951, с. 202.

¹¹³⁾ Н. Huber: op. cit. (у прим. 64), с. 518.

¹¹⁴⁾ J. Austin: op. cit. (у прим. 88), с. 404, А. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), I, с. 350.

¹¹⁵⁾ Н. Lehmann — Н. Hübner: op. cit. (у прим. 73), с. 3, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 43 прим. 34.

¹¹⁶⁾ F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 302, S. Schlossmann: Der Vertrag, Leipzig, 1876, с. 206 и д. прим. 2, Е. Jung: op. cit. (у прим. 71), с. 295, Ж. С. Ђорђевић: op. cit. (у прим. 22), с. 1194.

¹¹⁷⁾ F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 302, S. Schlossmann: op. cit. (у прим. 116), с. 206 и д., Е. Jung: op. cit. (у прим. 71), с. 295.

¹¹⁸⁾ Тако већ Accursius у глоси уз D I, 1,1,2, (ad sangulorum „scilicet principaliter, secundario ad publicum utilitatem, expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur (...) sic et contra, quod est publicum principaliter, secundario pertinet ad utilitatem singulorum“), надаље А. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), II—III, с. 13, I, с. 350, Е. Kaufmann: op. cit. (у прим. 103), с. 702, Н. Kelsen: op. cit. (у прим. 18), с. 78, 79, исти: op. cit. (у прим. 41), с. 81), А. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 485, К. Herrmann: op. cit. (у прим. 26), с. 39 прим. 5, Е. Jacobi: op. cit. (у прим. 71), с. 378, J. Esser: op. cit. (у прим. 64), с. 193, L. Ennecerus — Н. С. Nipperdey: op. cit. (у прим. 31), с. 227, 228, Н. Nawiasky: Staatslehre /op. cit. у прим. 54), с. 169, 168, исти: Rechtslehre /op. cit. у прим. 54), с. 294, 295, G. Boehmer: op. cit. (у прим. 72), с. 167, Н. P. Rill: op. cit. (у прим. 73), с. 467, 469, F. Gshnitzer: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht, Wien — New York, 1966, с. 4. T. Ramm: Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 1, München, 1974, с. 140, Н. Koziol — R. Welser: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Schulrecht, Wien, 1976, с. 5, К. Larenz:

ким би случајевима морали нешто што се сматра јавним правом сврстати у приватно.¹¹⁹⁾ Држава све чешће, управо у јавном интересу закорачује у област која се сматра приватноправном.¹²⁰⁾ Све норме штите исте, класне интересе, а ови су састављени и из општих интереса класе и из интереса појединаца, припадника класе.¹²¹⁾ Право је воља владајуће класе а ова увек има исте основне интересе.¹²²⁾ — Право не служи само заштити одређених интереса, него и компромису различитих, њиховој интеграцији, чиме је прожето целокупно право.¹²³⁾ Праву је циљ да уреди интересе, а не да им просто служи; оно хоће да буде обавезно и за оне чије интересе ономогућује; јавни интерес није ништа друго него подупирање једних на рачун других интереса; теорија интереса је погодна да прикрије стварни однос права према интересима.¹²⁴⁾ Она владајућој класи пружа угодно средство да своје сопствене интересе прогласи јавним, а маси остаје да се задовољи приватним правом.¹²⁵⁾ — Право је јавно (као што уопште може да буде право) и када се коси са јавним интересом.¹²⁶⁾ — Подела по критеријуму интереса није толико подела самог права, колико је подела могућих начина посматрања права,¹²⁷⁾ па се и мења с променом становишта;¹²⁸⁾ са

Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München, 1977, с. 2, Д. Д. Стојановић: Увод у грађанско право (Општи део), Београд, 1974, с. 12, М. Пелеш: *op. cit.* (у прим. 85), с. 204.

¹¹⁹⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 82, К. Wolff: *op. cit.* (у прим. 34), с. 2, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 46 и д.

¹²⁰⁾ Ч. Марковић *op. cit.* (у прим. 63), с. 99

¹²¹⁾ Р. Д. Лукић — Б. Кошуткић: *op. cit.* (у прим. 19), с. 400, В. Визнер: *op. cit.* (у прим. 20), с. 30

¹²²⁾ В. Спаић: Увод (*op. cit.* у прим. 21), с. 14, М. Вуковић: *op. cit.* (у прим. 6), с. 20 и д., О. Мандић: Систем и интерпретација права, Загреб, 1971, с. 114, В. А. Рјасенцев и др: Светское грађданское право, том 1, Москва 1975, с. 42; бројни совјетски аутори поистовећивали су поделу на јавно и приватно право са поделом норми према врсти интереса који се штите и на тај начин, за капитализам, усвајали и критиковали тај критеријум

¹²³⁾ Е. Kaufmann: *op. cit.* (у прим. 103), с. 702 и д., А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 485 и д., О. Koellreutter: Öffentliches Recht, у F. Stier-Somlo — А. Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 4, Berlin — Leipzig, 1927, с. 267, Н. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 518, К. Larenz: *op. cit.* (у прим. 118), с. 2, J. J. M. van der Ven: Eins — zwei — drei? bürgerliches, öffentliches, soziales Recht, у: Festschrift für R. Reinhardt, Köln — Marienburg, 1972, с. 176, 177, а код нас Ф. Тарановски: *op. cit.* (у прим. 26), с. 22

¹²⁴⁾ А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 485, 486

¹²⁵⁾ А. Menger: Neue Staatslehre, Jena, 1904, с. 75, 76.

¹²⁶⁾ F. Somló: *op. cit.* (у прим. 88), с. 491

¹²⁷⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 78, исти: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze), Tübingen, 1911, с. 268 и д.

¹²⁸⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18) с. 78

становишта законодавца посматрано, све је право, па и приватно, јавног карактера, јер се ствара у јавном интересу;¹²⁹⁾ а обрнуто, са становишта субјекта, свако је право, па и јавно, приватног карактера, јер штити његове интересе;¹³⁰⁾ дакле, приватно и јавно јесу само ознаке правца, као југ и север, десно и лево — ако једна улица води на север, мора она такође, и то у истом степену, водити на југ, зависи само са које се стране гледа.¹³¹⁾ — Како појмови јавно и приватно нису одређени,¹³²⁾ а сама заједница не може да се изрази о својим интересима, на одлуку је сваком посматрачу да ли ће сматрати да нека норма јесте или није у општем интересу.¹³³⁾ При таквом стању све зависи од лица које доноси одлуку: професионално бављење неким делом права изоштравља смисао за интересе управо тог дела, па је публициста склон да види јавне, а цивилиста приватне интересе као одлучујуће.¹³⁴⁾ — Право се може делити једино по својим својствима, по елементима иманентним праву;¹³⁵⁾ циљ права (интерес) је мета-правни критеријум; он је једнако тако безначајан за поделу норми, као што су за поделу слика незначајне њихове цене.¹³⁶⁾ — На критику да је и приватно право у јавном интересу, узвраћа се: да то не искључује постојање супротности између приватних и јавних интереса.¹³⁷⁾ На критике, да се не могу разграничити јавни и приватни интереси, и да свака норма служи и јавним и приватним интересима, па да, због свега, критеријум интереса ствара практичне тешкоће,¹³⁸⁾ и у пракси издаје у спорним случајевима,¹³⁹⁾ узвраћа се: да могу постојати приватни интереси, који нису јавни,¹⁴⁰⁾ и да у већини случајева критеријум користи, а да се, уосталом, нигде на подручју права не

¹²⁹⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 78, исти: *op. cit.* (у прим. 127), с. 268 и д., М. Пелеш: *op. cit.* (у прим. 85), с. 204.

¹³⁰⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 81, исти: *op. cit.* (у прим. 127), с. 268, М. Јановић: *op. cit.* (у прим. 4), с. 245.

¹³¹⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 84

¹³²⁾ L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 45

¹³³⁾ F. Weyr: *op. cit.* (у прим. 9), с. 558

¹³⁴⁾ L. Spiegel: *op. cit.* (у прим. 34), с. 143

¹³⁵⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 77, исти: *op. cit.* (у прим. 127), с. 631, исти: *op. cit.* (у прим. 41), с. 81, А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 486, Н. Nawiasky: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 295, Н. Р. Rill: *op. cit.* (у прим. 73), с. 468, 469

¹³⁶⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 81

¹³⁷⁾ А. Wach: *op. cit.* (у прим. 1), с. 93 прим. 39. F. Stier-Somlo: *op. cit.* (у прим. 16), с. 14 и д.

¹³⁸⁾ Н. Krüger: *op. cit.* (у прим. 60), с. 321.

¹³⁹⁾ L. Ennecerus — Н. С. Nipperdey: *op. cit.* (у прим. 31), с. 228

¹⁴⁰⁾ F. Somló: *op. cit.* (у прим. 88), с. 490 прим. 2

могу са математичком тачношћу спровести разграничења.¹⁴¹⁾ На критику да је интерес као мета-правни неподесан за критеријум, узвраћа се: да онај ко укљони циљ, не зна шта би ни са појмовима „јавно” и „приватно”, а одузима себи и могућност за билг какво формирање појмова,¹⁴²⁾ надаље: да ни тај, ни други приговори не стоје ако се право дели према томе да ли је јавном интресу у самој норми дата предност, чему се опет реплицира: да ни то не помаже кад год је неизвесно који интерес сама норма протежира.¹⁴³⁾

(13) Ограничавање воље појединца (теорија /не/ограничавања воље, теорија циљ-средство)

Све норме служе истом циљу, општем добру, али га остварују различитим начином, средством; јавно право — ограничавањем воље појединца у корист органа заједнице, а приватно, остављајући јој слободан простор.¹⁴⁴⁾

Критика: Мада сâм заступник овог схватања изричито упозорава да оно не представља теорију интереса, схватање је поистовећено са (чистом) теоријом интереса, и упућена му је овој намењена критика.¹⁴⁵⁾

(14) Обавезност норме и недопуштеног радње по норми или по вољи овлашћеног (теорија основа обавезности и противправности)

Јавно право већ по себи обавезује лице, а приватно, само на основу воље овлашћеног; приватно, вољом овлашћеног условљава то да ли ће нека радња бити недопуштена.¹⁴⁶⁾

Критика: — Критеријум одговара само у просеку.¹⁴⁷⁾ Не-

¹⁴¹⁾ Н. Triepel: op. cit. (у прим., 31), с. 545 и д.

¹⁴²⁾ А. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), II — III, с. 10. Н. Lehmann: op. cit. (у прим. 73), с. 2, Н. Lehmann — Н. Hübner: op. cit. (у прим. 73), с. 2, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 109 и д., J. Esser: Privatrecht, у: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Bd. 8, Stuttgart — Tübingen — Göttingen, 1964, с. 546

¹⁴³⁾ Н. Nawiasky: Staatslehre (op. cit. у прим. 54), с. 168, 169, исти: Rechtslehre (op. cit. у прим. 54), с. 294, 295, 296, Н. Р. Rill: op. cit. (у прим. 73), с. 466 и д., реплика С. F. Menger: op. cit. s. 159

¹⁴⁴⁾ Р. Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. I, Berlin, 1903, с. 87.

¹⁴⁵⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 155 прим. 253

¹⁴⁶⁾ Н. Haelschner: у Der Gerichtssaal, Bd. XXI, 1869, с. 11 и д., 81 и д., 89, 94, Bd. XXVIII, 1876, с.424 и д., 477; о тој теорији уп. и А. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 115 и д., J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 12, 62, 155 прим. 260, F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 491

¹⁴⁷⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 62

ка приватноправне норме обавезују без обзира на вољу овлашћеног, па и када овлашћени чак нема правно релевантну вољу; грађански деликт је недопуштен и према уснулим лицима, одсутним деци, душевним болесницима.¹⁴⁸) Опет, неке јавноправне обавезе зависе од воље овлашћеног; обавеза судије да поступа и осуди дужника на чинидбу,¹⁴⁹) — Не зависи од воље овлашћеног да ли је радња недопуштена, већ хоће ли уследити правна реакција, а тога има и у јавном праву.¹⁵⁰)

(15) Правно смети или правно моћи (теорија смети-моћи)

Правно смети специфично обележава приватно, а правно моћи, јавно право; приватно право допушта лицу радње, подесне да тангирају Драга лица, а које оно може и иначе, већ по природи да изврши (правно смети); јавно, пружа мју способности које не би имало већ по природи (правно моћи; на пример, већ по природи може да заснује полне односе, али то представља брак тек на основу права).¹⁵¹)

Критика: — Није тачно да приватно право не пружа лицу ништа поврх онога што може већ по природи; додатак се увек састоји већ и у том што обични фактички односи постају правни.¹⁵²) — Правно смети и правно моћи спојени су и у јавном и у приватном праву;¹⁵³) само, приватно право је тако давно установљено, да нам се њиме уређене радње чине као нешто по природи могуће, а јавно је знатно новије, па смо зато склонили да њиме регулисане радње сматрамо као тек њиме омогућене.¹⁵⁴) — Захтев је исти без обзира да ли је заснован на правном смети или правном моћи; дугује ли се свота новца, свеједно је да ли се дуг сме и може захтевати или

¹⁴⁸) J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 62 и д.

¹⁴⁹) A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 116 и д., K. Binding: Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, Leipzig, 1872, с. 142 прим. 217, 149 и д., J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 63, 156 прим. 261

¹⁵⁰) A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 115 и д., F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 491 и д.

¹⁵¹) G. Jellinek: op. cit. (у прим. 17), с. 55, 56, 57, 52, 51 прим. 1, 49, 48, 48 прим. 2, 47, 46, T. Sternberg: Rechtslehre (op. cit. у прим. 71), с. 25 и д., исти: Einführung (op. cit. у прим. 71), с. 22 и д.; за немачку праксу уп. G. Lassar: op. cit. (у прим. 26), с. 59

¹⁵²) C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 347, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 37

¹⁵³) C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 347, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 37, Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 228, М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246

¹⁵⁴) Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 228, М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246

само може захтевати.¹⁵⁵) — Своје, иначе исправно методолошко полазиште: да се појмови конструишу а не откривају, заступник ове теорије није применио у овој материји.¹⁵⁶) — Критеријум је неупотребив у пракси.¹⁵⁷)

*(16) Трочлана или четворочлана структура правног односа
(теорија /не/постојања субјективног права)*

Приватноправни однос чине четири елемента: субјекти, објект, обавеза и субјективно право; јавноправни има елемент мање — у јавном праву не постоји субјективно право већ само обавеза државног органа.^{157a})

Критика: — Нема обавезе без субјективног права, па и у јавном праву обавеза државног органа одговара нечије право; у јавном праву обавеза државног органа постоје права грађана, а насупрот и једних и других су права државе (нпр. обавези органа да наплати порез и обавези грађана да га плати, стоји насупрот право државе на порез); у јавном праву, осим права државе, постоје и права грађана спрам државних органа (државни орган је обавезан да наплати порез, а право је грађанина да овај не наплати више од дугованог).^{157b})

*(17) Одвојивост или неодвојивост права од способности
(теорија /не/одвојености права и способности)*

Јавно право тесно повезује способност на основу које се може имати неко право и то право: обоје се стичу и губе заједно; у приватном, право се може изгубити без губитка способности.^{157c})

Критика: — Разлика се односи на субјективна права, па се не може прихватити као критеријум, јер подела треба да се спроведе на плану норми.^{157d})

*(18) Могућност или немогућност одређи се права (теорија
/не/могућности одрицања од права)*

¹⁵⁵) F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 565 и д.

¹⁵⁶) F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 564, 565

¹⁵⁷) F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 565

^{157a}) Шершеневич (по Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 226); слично R. Schmidt: op. cit. с. 19.

^{157b}) Ф Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 226 и д.

^{157г}) Коркунов (по Т. Шивановић: op. cit. (у прим. 5), с. 363.

^{157d}) Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 363

Јавно право не даје могућност субјекту да се одрекне права, а приватно то допушта.^{157e)}

Критика: — У својим битним деловима (породично право, право приватних корпорација), приватно право у истом смислу као и јавно познаје права којих се субјект не може одрећи¹⁵⁸⁾ — Изузеци постоје у оба смера: има приватних права којих се не може одрећи, а јавних којих може.¹⁵⁹⁾

(19) Право са или без обавезе вршења (теорија права-обавезе)

Јавно право титулару даје право, обавезујући га уједно на вршење, а приватно га само на то овлашћује.¹⁶⁰⁾

Критика: — Критеријум одговара у просеку.¹⁶¹⁾ Јавно право некада препушта вршење права нахођењу титулара (нпр. бирачко право, право на браниоца),¹⁶²⁾ а приватно га обавезује на вршење (нпр. издавача да врши право објављивања дела, заступника, да врши право заступања).¹⁶³⁾ — Када обавезује да се право врши, норма најчешће то не чини због јавноправне природе, већ зато што дотично лице врши туђе а не своје право.¹⁶⁴⁾ — Не постоји право које би истовремено било обавеза; обавеза вршити право стоји поред права; дати право и захтевати да се оно врши, то су две а не једна норма; дакле и није по среди једна, јавноправна норма, већ две норме, једна приватноправна, друга јавноправна.¹⁶⁵⁾

(20) Овлашћење према одређеном или неодређеним лицима (теорија права према /не/одређеним лицима)

^{157e)} Н. Thöl: op. cit. (у прим. 60), с. 118, Н. Dernburg: op. cit. (у прим. 89), с. 46, Gerber: op. cit. (у прим. 26), с. 36, Bluntschli: op. cit. (у прим. 52), с. 3; А. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 166 такође наводи ту теорију, не наводећи њене заступнике; — као један од критеријума, разлику прихватају G. Jellinek: op. cit. (у прим. 17), с. 55, 56, 57, Т. Sternberg: Einführung (op. cit. у прим. 71), II, с. 23 и д.

¹⁵⁸⁾ А. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 167

¹⁵⁹⁾ Н. Dernburg: op. cit. (у прим. 89), с. 46

¹⁶⁰⁾ А. Brinz: op. cit. (у прим. 60), 1857, с. 48 и д. (од 2. изд. напушта ту теорију); као један од критеријума, ту разлику прихватају Н. Thöl: op. cit. (у прим. 60), с. 118, R. Sohm: op. cit. (у прим. 26), 1899, с. 15, Gerber: op. cit. (у прим. 26), с. 32, Bluntschli: op. cit. (у прим. 52), с. 4 и д., I. Vanni: op. cit. (у прим. 60), с. 90, Pokrovski (по V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 210), а код нас Л. Марковић: op. cit. (у прим. 60), с. 18

¹⁶¹⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 65

¹⁶²⁾ А. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 167, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 65

¹⁶³⁾ А. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 128, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 66

¹⁶⁴⁾ А. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 127, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 66

Приватно право даје овлашћење према посебно индивидуализованим лицима (нпр. право господара према свом робу, родитеља према свом детету, стараоца према свом старанику), а јавно, према неодређеним (нпр. право није дато судији у односу на одређено лице, већ на све)¹⁶⁶).

Критика: — Нека јавноправна овлашћења тичу се индивидуално одређених лица (претпостављеног према потчињеном у служби), а приватноправна, неодређених (права сопственика).¹⁶⁷

(21) *Заједничко или подељено коришћење, са или без располагања правним објектом (теорија коришћења и /не/располагања)*

У јавном праву правни је објект подешен да се ужива заједнички, неподељено, и свако може да га ужива, али не и да располаже њиме; у приватном, подељен је тако да сваки део ужива посебан субјект, који може њиме и да располаже (нпр. јавноправни су односи поводом јавног пута, приватноправни, поводом приватног).¹⁶⁸

Критика: — Неоправдано је уопштена подела на приватне ствари и ствари у јавној употреби; непримењив је критеријум за нематеријалне објекте (нпр. бирачко право), јер се ту не може начинити разлика између засебног и заједничког коришћења.¹⁶⁹ — У кривичном праву не може се говорити о неком подешавању објекта за општу употребу.¹⁷⁰

(22) *Правна или само морална санкција (теорија /не/правне санкције)*

Санкције јавног и приватног права не постоји под истим условима; санкција јавног је само морална, а приватноправних норми — правна.¹⁷¹

¹⁶⁵)A. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 166 и д., E. R. Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Theil 2, Gotha, 1833, с. 152, B. Windscheid — T. Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Frankfurt a M., 1906, с. 119, C. Gareis: op. cit. (у прим. 11), с. 3.

¹⁶⁶ J. Austin: op. cit. (у прим. 88), II, с. 748

¹⁶⁷ F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 493

¹⁶⁸ Korkunov (по Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 228, Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 363)

¹⁶⁹ Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 228

¹⁷⁰ Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 364

¹⁷¹ L. Duguit: Traité de droit constitutionnel, tome 1, La règle de droit — Le problème de l'état, Paris, 1921, с. 547 и д.; донекле сагласно Ч. Марковић: Дигиева правна теорија, Суботица, 1927, с. 23.

Критика: — Заступник теорије није доследан, јер нпр. кривично право уобраја у јавно.¹⁷²⁾ — Тачно је да спрам државе не постоји и не може постојати правна санкција; но за њом и нема потребе, јер држава не може да повреди правне норме; само државни органи то могу, а спрам њих постоји правна санкција; једино су врховни државни органи ван одн. изнад правне санкције, али у том погледу нема разлике између јавног и приватног права.¹⁷³⁾ — И приватна и јавна права уживају заштиту путем тужбе.¹⁷⁴⁾

(23) *Релативна или апсолутна обавеза (теорија обавезе у /не/ правом смислу, теорија релативне и апсолутне обавезе)*¹⁷⁵⁾

Приватно право предвиђа релативна права и обавезе (=обавезе у неправом, ширем смислу), а јавно, апсолутне обавезе (=обавезе у правом смислу) и поступак према ономе ко такве повреди; обавеза је апсолутна, ако у случају њене повреде следи санкција (пример: обавеза вратити дуг по правоснажној пресуди, јер у противном следи принудно извршење); релативна је она, коју лице треба да испуни да не би настала нека друга обавеза (пример: обавеза да продату а не предату ствар чува као просечан трговац, јер у противном биће дужан да надокнади штету.)¹⁷⁶⁾

Критика: — По среди је игнорисање чињеница и насиље над правном стварношћу: теорија која изборно право мора једноставно да прогласи приватноправном фигуром, сама себе дисквалификује; типично приватноправне норме о самопомоћи, биле би јавноправне, јер одговарају типу апсолутне обавезе, чија повреда повлачи санкцију, а отпале би норме које немају санкцију; државно, управно и међународно јавно поделило би се у јавноправну и приватноправну сферу.¹⁷⁷⁾ — Све приватно право било би само обичан предстепен јавног, што у постојећем поретку није случај.¹⁷⁸⁾

¹⁷²⁾ A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 496 прим. 2

¹⁷³⁾ Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 223

¹⁷⁴⁾ М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 245

¹⁷⁵⁾ G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 27 назива је Rechtsstufen-theorie

¹⁷⁶⁾ F. Kaufmann: Logik und Rechtswissenschaft (Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre), Tübingen, 1922, с. 91 и д., 112 и д., 114 и д., 116

¹⁷⁷⁾ G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 27 и д.

¹⁷⁸⁾ G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 27

(24) *Интерес заједнице или борбеност овлашћеног као мотив да се изврши обавеза (теорија начина мотивисања на извршење обавезе)*

У приватном праву законодавац мотивише обавезаног да изврши радњу овлашћеном, тако што му предочава спремност овлашћеног да избори своје интересе, које би, да друштво није правно организовано, остварио свим средствима, па и принудом; у јавном, мотивише га предочавањем да је извршење радње у интересу заједнице.¹⁷⁹⁾

Критика:¹⁸⁰⁾ — Тиме разлика није објашњена, већ само изражена.¹⁸¹⁾ — Критеријум је примењив само на норме које наређују или забрањују, па није, пре свега, на преображајна права; узвраћа се: мада је тада мање евидентна, ипак важи — нпр. право на развод брака води стању, за чије би се постизање, да нема норме, брачни друг у односу на другог заложио свим силама.¹⁸²⁾ Приписивање одребене мотивације некој норми је арбитрерно;¹⁸³⁾ узвраћа се: смисао норме може се некада утврдити једино назнаком њеног циља.¹⁸⁴⁾ — И у јавном праву има тога да се јавноправни захтев остварује на исти начин као и приватни; узвраћа се: иста дејства могу потећи од различитих узрока, а једна идеја није бесплодна само зато што нека друга показује сличне резултате.¹⁸⁵⁾

(25) *Остваривање и заштита права од стране титулара (теорија самосталног остваривања права)*

Јавно право, осим што титулару даје право, овлашћује га и да га сам спроведе, оствари, заштити.¹⁸⁶⁾

Критика: — И у приватном праву има тога да сам титулар може остваривати своје право (самопомоћ, ретенција, на пример).¹⁸⁷⁾

¹⁷⁹⁾ A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), II — III, с. 1, 2, I, с. 348, 350 и д., подржавају теорију донекле A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 505 прим. 2, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 31, 32

¹⁸⁰⁾ теорија није скренула на себе већу пажњу, тако да готово и није критикована, али је сам аутор разматрао евентуалне приговоре и њих излагам у прим. 182, 184 и 185

¹⁸¹⁾ F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 7

¹⁸²⁾ A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), II — III, с. 3

¹⁸³⁾ F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 7

¹⁸⁴⁾ A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), I, с. 348 и д.

¹⁸⁵⁾ A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), I, с. 350

¹⁸⁶⁾ На ову теорију упућује, не наводећи ауторе, M. Layer: op. cit. (у прим. 71), с. 339

¹⁸⁷⁾ M. Layer: op. cit. (у прим. 71), с. 339, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 67

(26) *Приватна иницијатива или поступање по службеној дужности (теорија начина иницирања заштите)*¹⁸⁸⁾

Повреда приватног права ствара приватни захтев, а у случају повреде јавног, поступа се по службеној дужности.¹⁸⁹⁾

Критика: — По среди је *restitutio in integrum*: приватно право се одређује приватним захтевом;¹⁹⁰⁾ узвраћа се: да није, јер се није остало на томе, него је одређено шта је приватни захтев (=захтев чије је вршење препуштено на вољу тангираног лица)¹⁹¹⁾ — Критеријум није примењив на све норме;¹⁹²⁾ непримењив је на норме чија повреда не изазива последицу (*leges imperfectae*), и на норме код којих последица наступа *ex lege*, самом повредом (нпр. губитак права услед *Verwirkung*).¹⁹³⁾ — Разлика постоји, али није битна.¹⁹⁴⁾ — Тачан је само први део исказа (да се приватно право штити по слободној иницијативи), док се јавно штити на оба начина (нпр. по приватној иницијативи штите се субјективна јавна права).¹⁹⁶⁾ Приватна иницијатива постоји и у јавном праву,¹⁹⁶⁾ па зато критеријум треба до-

¹⁸⁸⁾ G. A. Walz. op. cit. (у прим. 10), с. 28, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 212, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 49 називају је *Rechtsschutztheorie*

¹⁸⁹⁾ A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 131. 133 и д., Gambarov (по V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 208 прим. 42), Muromcev (по Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 230, E. Hellbling: *Öffentliches Recht — Privates Recht*, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 4, 1950, с. 149 и д.; као један од критеријума, разлику прихватају A. Menger: op. cit. (у прим. 79), с. 13 и д., H. Dernburg: op. cit. (у прим. 89), с. 46, E. Ehrlich: op. cit. (у прим. 6), с. 240 Pkrovski (по V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 207 прим. 41), O. Pisko: op. cit. (у прим. 36), с. 45, W. Burckhardt: *Organisation* (op. cit. у прим. 52), с. 23, 228, 284, 290 и д., исти: *Methode* (op. cit. у прим. 52), с. 158. и д., 170, 202 и д., исти: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zürich, 1939, с. 141, H. Hawiasky: *Staatslehre*: (op. cit. у прим. 54), с. 165 и д., 168, исти: *Rechtslehre* (op. cit. у прим. 54), с. 290, а код нас A. Гамс: op. cit. (у прим. 23), 1952, с. 92

¹⁹⁰⁾ E. Roguin: op. cit. (у прим. 31), с. 178

¹⁹¹⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 159 прим. 288

¹⁹²⁾ L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 54 и д.

¹⁹³⁾ G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 270, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 73, 74, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 29, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 51; непримењивост на те случајеве признаје A. Thon: op. cit. (у прим. 1), с. 121, 122, 134 и д.

¹⁹⁴⁾ H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 85

¹⁹⁵⁾ Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 230, М. Јановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246

¹⁹⁶⁾ A. Merkel: *Rechtsnorm und subjectives Recht (mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. Thon)*, (*Grünhut's*) *Zeitschrift für des Privat-und Öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 6, 1879, с. 384, A. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 167 прим. 12 H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 82, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 51.

пунити још неким.¹⁹⁷⁾ Јавни интерес није увек довољно јак да би се повређена јавноправна норма остварила *ex officio*.¹⁹⁸⁾ Повреда неких јавноправних норми ствара само приватни захтев,¹⁹⁹⁾ или и приватни као суспидијаран,²⁰⁰⁾ или уз јавни и приватни.²⁰¹⁾ Како повреда једне те исте норме може да заснује и поступање *ex offio* и по приватној иницијативи, норма би морала бити уједно јавна и приватна.²⁰²⁾ И јавно право познаје слободну иницијативу, и приватно, поступање *ex offio* (одузимање родитељског права, на пример).²⁰³⁾ — Право није приватно зато што му је последица приватни захтев, већ обрнуто: захтев је приватан зато што је повређено право приватно.²⁰⁴⁾ Ако се јавно и приватно право разликују, морају се разликовати и пре него што су повређени.²⁰⁵⁾ Пре него настане захтев мора постојати норма, па се само из суштине норме може закључити о природи захтева, а никако обрнуто.²⁰⁶⁾ — У томе и јесте слаба страна теорије: јер, за одређене природе захтева опет смо враћени на право, на коме захтев почива.²⁰⁷⁾ Критеријум је примењив само ако је већ решено питање надлежности, а управо би њега требало решити применом критеријума;²⁰⁸⁾ зато је по среди *circulus vitiosus*.²⁰⁹⁾ — Основна слабост теорије је што не објашњава узрок поделе.²¹⁰⁾

¹⁹⁷⁾ A. Mekel: *op. cit.* (у прим. 196), с. 384

¹⁹⁸⁾ A. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 271 и прим. 80 на тој стр.

¹⁹⁹⁾ Korkunov (по Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365 прим. 8), A. Baumgarten: *op. cit.* (у прим. 98), II — III, с. 13, V. Gsovski: *op. cit.* (у прим. 26), с. 208, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 51, а код нас Ч. Марковић: *op. cit.* (у прим. 63), с. 100, Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365, Д. Д. Стојановић: *op. cit.* (у прим. 118), с. 13

²⁰⁰⁾ L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 51, Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365

²⁰¹⁾ Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365

²⁰²⁾ Korkunov (по Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365), Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365

²⁰³⁾ I. Vanni: *op. cit.* (у прим. 60), с. 90, H. Nawiasky: *Staatslehre op. cit.* у прим. 54), с. 171, исти: *Rechtslehre (op. cit. у прим. 54), с. 290* и д. Ч. Марковић: *op. cit.* (у прим. 63), с. 100

²⁰⁴⁾ G. A. Walz: *op. cit.* (у прим. 10), с. 28, Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365

²⁰⁵⁾ Korkunov: (по Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 365).

²⁰⁶⁾ E. R. Bierling: *op. cit.* (у прим. 165), с. 153, G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 270

²⁰⁷⁾ G. Prazák: *op. cit.* (у прим. 16), с. 271

²⁰⁸⁾ H. P. Rill: *op. cit.* (у прим. 73), с. 465 прим. 32

²⁰⁹⁾ G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 61, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 50

²¹⁰⁾ Д. Д. Стојановић: *op. cit.* (у прим. 118), с. 12 и д.

(27) Грађански или други поступак (теорија врсте поступка)²¹¹

Приватно право се остварује и штити у грађанском поступку, а јавно у управном или којем другом.²¹²)

Критика: — Ван поделе остају норме које се уопште не остварују у било ком поступку (*leges imperfectae*, и *leges perfectae*, по којима *ipso jure* наступа последица).²¹³) — Пошто неки схватају приватно као оно право које се остварује у грађанском поступку, врше поделу објективног права делећи субјективно, а треба поделити само објективно право.²¹⁴) — Јавно и приватно право могу у једној ствари бити тако унутрашње повезани, да процесуална подела оба елемента није могућа.²¹⁵) У поступку се увек ради о јавном праву, јер захтев за правну заштиту, какав год да јесте, увек је јавноправне природе.²¹⁶) — Некада се свесно одступа од паралелизма између приватног права и грађанског поступка, јавног и других поступака.²¹⁷) Некада се јавно право штити само у грађанском поступку, а приватно само у другим поступцима.²¹⁸) Често се јавно право остварује у грађанском поступку,²¹⁹) а приватно у другим.²²⁰) При одлуци о претходном питању, јавно право се неизбежно примењује у грађанском, а приватно у другим поступцима.²²¹) Само у начелу кореспондира приватно право грађанском, јавно другим поступцима,²²²) па се критеријум не може употребити као

²¹¹) често се ова теорија не одваја од претходне, па се и назива као она, уп. нав. у прим. 188.

²¹²) A. Thon: *op. cit.* (у прим. 1), с. 120 и д., 131, 133 и д., Н. Dernburg: *op. cit.* (у прим. 89), с. 45; за законодавство уп. F. Endemann: *op. cit.* (у прим. 31), с. 28 прим. 23; као један од критеријума, истичу ту разлику O. Gierke: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1. *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, 1895, с. 31, O. Piskof *op. cit.* (у прим. 36), с. 44 и д., F. Endemann: исто, с. 28 прим. 23, A. Baumgarten: *op. cit.* (у прим. 98), I, с. 350

²¹³) уп. прим. 193

²¹⁴) O. Gierke: *op. cit.* (у прим. 212), с. 31 прим. 9

²¹⁵) G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 61

²¹⁶) као у претходној прим.

²¹⁷) H. Nawiasky: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 283

²¹⁸) O. Gierke: *op. cit.* (у прим. 212), с. 31, 32 прим. 11 и 12.

²¹⁹) C. G. Wächter: *Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts*, Abt. 1, Stuttgart, 1839, с. 7 и д., F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 31), с. 52 и д., J. Holliger: *op. cit.* (у прим. 2), с. 75

²²⁰) C. G. Wächter: *op. cit.* (у прим. 219), с. 7 и д., J. Holliger: *op. cit.* (у прим. 2), с. 75

²²¹) F. Endemann: *op. cit.* (у прим. 31), с. 29 прим. 24, G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 61, G. A. Walz: *op. cit.* (у прим. 10), с. 28

²²²) A. Haenel: *op. cit.* (у прим. 1), с. 167 и д., O. Gierke: *op. cit.* (у прим. 212), с. 31 прим. 9, C. Crome: *op. cit.* (у прим. 11), с. 73 прим. 9, E. Molitor: *op. cit.* (у прим. 6), с. 28 и д., L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 50, L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: *op. cit.* (у прим. 31), с. 227 прим. 16

искључив, довољан,²²³⁾ него је у случају сумње потребан неки други.²²⁴⁾ Како постоје изузеци у оба правца, увек се изнова неизбежно поставља питање да ли је у конкретном случају по среди правило или изузетак.²²⁵⁾ — Када је спорно, а често је спорно који је правни пут отворен,²²⁶⁾ потребно је, да би се то разјаснило, прво рашчистити управо питање да ли је норма, коју треба применити, јавноправна или приватноправна.²²⁷⁾ — Замењени су узрок и последица: отвореност грађанског поступка само је последица приватноправног карактера нормe,²²⁸⁾ она може само да посведочи, а не и да произведе приватноправни карактер нормe,²²⁹⁾ а како је неретко спорна, и када је извесна, она је само главни симптом приватноправне природе нормe.²³⁰⁾ — Ни приватноправни карактер нормe не одлучује о отворености правног пута, ни ова о карактеру нормe.²³¹⁾ — Мада је *circulus vitiosus* одређивати природу нормe врстом поступка, то се чини да би се спровела политичка тенденција независности управе од судске контроле (будући да на судске акте, с обзиром на њихову везаност једино законом, управа нема могућности да утиче).²³²⁾

(28) *Држава само као арбитар или и као странка (теорија /не/ истоветности арбитра и странке)*

У приватном праву, држава је арбитар права и обавеза других; у јавном је арбитар и уједно једна од страна.²³³⁾

Критика: — Ни јавно право не сједињује атрибут арбитра с атрибутом странке; ни ту држава не учествује у спору као таква, него је један њен орган арбитар, а други странка, а они

²²³⁾ O. Gierke: op. cit. (у прим. 212), с. 31 прим. 9

²²⁴⁾ H. Dernburg: op. cit. (у прим. 89), с. 45

²²⁵⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 75

²²⁶⁾ H. Dernburg: op. cit. (у прим. 89), с. 45 и прим. 5 на тој стр., O. Gierke: op. cit. (у прим. 212), с. 31, H. Nawiasky: Rechtslehre (op. cit. у прим. 54), с. 282

²²⁷⁾ O. Gierke: op. cit. (у прим. 212), с. 31.

²²⁸⁾ C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 358, E. R. Bierling: op. cit. (у прим. 165), с. 152, I. Vanni: op. cit. (у прим. 60), с. 92, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 28, H. Kummer: op. cit. (у прим. 61), с. 45 и д., L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: op. cit. (у прим. 31), с. 227, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 50.

²²⁹⁾ O. Gierke: op. cit. (у прим. 212), с. 31 прим. 9.

²³⁰⁾ H. Dernbrug: op. cit. (у прим. 89), с. 45 прим. 5, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 51.

²³¹⁾ E. Endemann: op. cit. (у прим. 31), с. 29.

²³²⁾ H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 88.

²³³⁾ T. E. Holland: op. cit. (у прим. 26), с. 134, 366, 368.

се међусобно не разликују мање него када су само приватна лица странке.²³⁴⁾

(29) *Организовање државе и правног поретка (теорија организационог права)*

Јавно право је формално, организационо: чине га норме које организују стварање, примену (судску и управну) и принудно остваривање права, које, дакле пре свега организују државу и њену делатност; јавно је, дакле, оно право које је неопходно да би право било правни поредак (= да би могло остваривати циљ због којег постоји).²³⁵⁾

Критика: — Одредба је преуска: обухвата само подручје организационог (и тиме претежно уставног права), а не и норме које регулишу понашање.²³⁶ — Одредба није без замерке: својина државе (новац, земља, зграде, рудници, разна предузећа) и њени имовински односи са појединцима, и ако нису функција државе, служе функцијама државе, а та се средства и односи регулишу нормама које су по традицији приватноправне.²³⁷⁾

(30) *Повезивање или издвајање људи (теорија индивидуације или заједнице)²³⁸⁾*

²³⁴⁾ X. Келзен: *op. cit.* (у прим. 112), с. 199.

²³⁵⁾ H. A. Zachariä: *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, Theil 1, *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, Göttingen, 1853, с. 2 и д., C. F. v. Gerber: *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880, с. 7 и д., J. Domat (по R. Savatier: *Du droit civil au droit public (à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile)*, Paris, 1950, с. 3 и д.), R. Stammler: *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a.d.S., 1911, с. 403, исти: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1923, с. 275 и д., K. Herrmann: *op. cit.* (у прим. 26), с. 58 и д., 60 и д., 62, A. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 495, 496, 497, P. Roubier: *op. cit.* (у прим. 64), с. 249 и д., G. Del Vecchio: *op. cit.* (у прим. 31), с. 276, A. Haenel: *op. cit.* (у прим. 1), с. 168, 154, 153, M. Вебер: *Привреда и друштво*, I, Београд, 1976, с. 537, уп. и C. Gareis: *op. cit.* (у прим. 11), с. 6; — као један од критеријума, разлику прихватају C. G. Wächter: *op. cit.* (у прим. 219), с. 6, 4, исти: *Pandekten, I, Allgemeiner Theil*, Leipzig, 1880, с. 21, K. Neumeyer: *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. 4, *Allgemeiner Teil*, Zürich-Leipzig, 1936, с. 25 и д., G. Marty — P. Raynaud: *op. cit.* (у прим. 64), с. 60, 63, H. et L. Mazeaud — J. Mazeaud — M. de Juglart: *Leçons de droit civil*, tome I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1967, с. 43, J. Carbonnier: *Droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit et Droit des personnes*, Paris, 1962, с. 39, донекле и H. Schulze: *op. cit.* (у прим. 11), с. 1; код нас В. В. Рашић: *Називи приватно и јавно право код нас*, Београд, 1906, с. 4, 3.

²³⁶⁾ K. Stern: *op. cit.* (у прим. 46), с. 315, слично Ф. Тарановски: *op. cit.* (у прим. 26), с. 221.

²³⁷⁾ Ч. Марковић: *op. cit.* (у прим. 63), с. 100.

²³⁸⁾ F. Stier-Somlo: *op. cit.* (у прим. 16), с. 11, један од заступника ове теорије, назива је *Theorie von den selbständigen Lebenskreise*, што чини и H. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 41), с. 211.

Јавно право почива на принципу заједнице, коегзистенције, приватно на принципу индивидуације; јавно, ојачава повезивање човека са другим, подржава његов нагон за друштвеношћу, а приватно му олакшава издвајање, иде на руку његовом нагону за засебношћу, потреби за самоодређивањем; јавно се ствара и важи за друштвени, наиндивидуални круг потреба, циљева и поступака, приватно, за индивидуални.²³⁹⁾

Критика: — Критеријум је садржајно неодређен.²⁴⁰⁾ — Не може се употребити као једини, јер јавно је право по среди и тамо где се не ради о животном кругу заједнице.²⁴¹⁾ — Различитост животних околности може да буде повод њиховом различитом правном уређивању, али мотиве законодавца не сме се заменити за форму и садржај самог права.²⁴²⁾

(31) Човек као члан заједнице или као појединац (теорија субјекта као члана заједнице)

У јавноправном односу, појединац учествује као члан заједнице (било са самом заједницом или са другима као члановима заједнице), а у приватном се апстрахује његово својство члана заједнице.²⁴³⁾

Критика: — Положај појединца као члана заједнице игра велику улогу у јавном праву, али — и у праву иначе; само, како

²³⁹⁾ R. Leonhard: op. cit. (у прим. 31), с. 31 и д., K. v. Lemayer: Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), (im Zusammenhange der Wandlungen der Staatsauffassung betrachtet), (Grünhut's) Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 29, 1902, с. 2 и д., F. Stier-Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 11, 14, 2, F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 529 и д., 531, 572, 577 и д., B. v. Schenk: Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Recht, Österreichische Zeitschrift für öffentliches und privates Recht, Bd. 1, 1914, с. 106, R. H. Herrnrit: Grundlehren des Verwaltungsrechtes (Mit vorzugsweiser Berücksichtigung der in Österreich (Nachfolgestaaten) geltenden Rechtsordnung und Praxis dargestellt), Tübingen, 1921, с. 60, донекле Pokrovski (по V. Gsovski: op. cit. (у прим. 26), с. 24), L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 48 и д.; код нас М. Петровић: Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права, I, Београд, 1979, с. 199; — у смислу тесрије индивидуације тумаче Улпијанов исказ (нав. у прим. 6), R. Leonhard: исто: с. 31 прим. 3, F. Weyr: исто, с. 531.

²⁴⁰⁾ F. Endemann: op. cit. (у прим. 31), с. 26 прим. 7.

²⁴¹⁾ као у претх. прим.

²⁴²⁾ H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 211.

²⁴³⁾ F. J. Stahl: op. cit. (у прим. 61), с. 303, 302, 301, L. Arndts: Juristische Enzyklopädie und Methodologie, Stuttgart, 1901, с. 24, C. Crome: op. cit. (у прим. 11), с. 74 и д., A. Wach: op. cit. (у прим. 1), с. 94, R. Herrnrit: op. cit. (у прим. 41), с. 12 и д., G. F. Puchta: op. cit. (у прим. 34), с. 50, G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 260, а код нас М. Петровић: op. cit. (у прим. 239), с. 199.

би се својством члана заједнице дале објаснити нпр. норме о ревизији устава, надлежност парламента, начелу писмености у поступку, роковима за принудно извршење?²⁴⁴)

(32) Удружење као само овлашћени или само обвезани субјект (теорија овлашћеног или обвезаног удружења)

У јавноправном односу удружење има само права, у приватном само обавезе у конкуренцији са појединцима.²⁴⁵)

Критика: — По среди је неодржива екстраваганција: не може се обухватити велики комплекс норми, које уређују односе појединаца, а што је главни део приватног права.²⁴⁶)

(33) Односи удружења и чланова или самих чланова (теорија /не/истоврсних субјеката)²⁴⁷)

Јавноправни су односи чланова било које удружене целине са том целином (односи чланова државе са државом, грађана са државом, чланица приватног удружења с удружењем), а приватноправни, односи чланова међу собом (односи између чланица сложене државе, између грађана, између приватних удружења).²⁴⁸)

Критика: — Теорија је неспојива с позитивним правом, што признају и њени заступници, задржавајући је само у доктринарне или систематизацијске сврхе, предлажући је наместо уобичајене систематике.²⁴⁹)

(34) Држава као субјекат односа (тзв. примитивна²⁵⁰) или старија²⁵¹) или просто теорија субјекта, теорија /не/учешћа државе)

²⁴⁴) А. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 499 прим.

²⁴⁵) Nille у: Zeitschrift für katholische Theologie, Bd. I, с. 278 и д., 394 и д. (по J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 13, 77, 160 прим. 297.).

²⁴⁶) J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 77.

²⁴⁷) J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 13, 76 назива је Genossenschaftstheorie.

²⁴⁸) О. Gierke: Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887, с. 9 и д., 155 и д., и други нав. код J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 77, 159 прим. 291.

²⁴⁹) F. J. Neumann: op. cit. (у прим. 1), с. 412, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 77, 159 прим. 293 и д., E. Roguin: op. cit. (у прим. 1), с. 180.

²⁵⁰) тако је назива L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 61.

²⁵¹) тако се означава да би се разликовала од теорије изложене под бр. 38 а нарочито од оне под бр. 40; уп. и прим. 345.

У јавноправном односу бар једна странка је држава, неки њен део или орган (или неко друго тзв. јавноправно лице); приватноправни је однос између приватних лица.²⁵²⁾

Критика: — Делом се ради о таутологији: посредством јавноправног субјекта одређује се јавно право, а посредством овога такво својство субјекта.²⁵³⁾ — Критеријум је формалан, а разлика између јавног и приватног права лежи међутим у дубљим социолошким вредностима;²⁵⁴⁾ једноставан је, али мало казује;²⁵⁵⁾ недостаје му довољна јасноћа;²⁵⁶⁾ граница између јавноправног и приватноправног лица није довољно чврста.²⁵⁷⁾ — Не може да обухвати право које се тиче организације државе или делатности што се не проводе кроз односе (законодавство, на пример).²⁵⁸⁾ — Усвајањем критеријума родитељско право би било елиминисано из јавног права.²⁵⁹⁾ — Док је вла-

²⁵²⁾ Н. Ahrens: Die Philosophie des Rechts und des Staates, Theil 1, Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht (auf philosophisch-antropologischer Grundlage), Wien, 1852, с. 341 и д., Montesquieu (по G. Marty — P. Raynaud: op. cit. (у прим. 64), с. 60, О. F. Sintenis: Das Praktische Gemeins Civilrecht, Bd. 1, 1860, с. 4, J. Domat (по E. Roguin: op. cit. (у прим. 25), с. 528 прим. 1, R. Savatier: op. cit. (у прим. 235), с. 3 и д., Н. et L. Mazeaud — J. Mazeaud — M. de Juglart: op. cit. (у прим. 235), с. 44), G. Meyer: op. cit. (у прим. 26), с. 45 и д., E. Curti-Forrer: Schweizerische Zivilgesetzbuch (mit Erläuterungen), Zürich, 1911, с. 8 и д., Т. E. Holland: op. cit. (у прим. 26), с. 126 и д., 128, A. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 156, 157, 167, 168, W. W. Willoughby: The Fundamental Concepts of Public Law, New York, 1924, с. 37, О. Fischer: op. cit. (у прим. 34), с. 16, В. E. Grueber: op. cit. (у прим. 73), с. 55 и д., P. S. James: Introduction to English Law, London, 1976, с. 5 и д., Н и L. Mazeaud — J. Mazeaud — M de Juglart: исто, с. 43 и д., 47, R. Savatier: исто, с. 4, 7, G. Marty — P. Raynaud: исто, с. 60, 63, J. Carbonnier: op. cit. (у прим. 235), с. 39), а код нас Ј. Штемпихар: Цивилно право, I, Оснuteк сплошнега дела, Љубљана, 1951, с. 3; — за законодавство уп. J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 138 прим. 13, 160 прим. 298; — као један од критеријума, разлику прихватају J. Unger: op. cit. (у прим. 34), с. 5, 4, A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 98), II—III, с. 5. R. Herrnritt: op. cit. (у прим. 41), с. 12 и д., J. Esser: op. cit. (у прим. 142), с. 544, а код нас В. В. Рашић: op. cit. (у прим. 235), с. 4, 3; Т. Живановић: op. cit. (у прим. 5), с. 371 и д., 375, 377; — Улпијановој изреци (нав. у прим. 6) приписује се значење, какво подели на јавно и приватно право даје ова теорија, тако J. Unger: исто, с. 3 и д., Т. E. Holland: исто, с. 130.

²⁵³⁾ G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 22.

²⁵⁴⁾ као у претх. прим.

²⁵⁵⁾ C. Eisenmann: Droit public, droit privé, Revue du droit public, et de la science politique 1952, с. 903 и д., И. Крбек: op. cit. (у прим. 66), с. 108 прим. 5.

²⁵⁶⁾ A. Baumgarten: op. cit. (у прим. 89), II — III, с. 13.

²⁵⁷⁾ G. Boehmer: op. cit. (у прим. 72), с. 166.

²⁵⁸⁾ A. Gysin: Privatrecht und Öffentliches Recht im Arbeitsrecht. Das Recht der Arbeit, 9, 1953, с. 1 и д.

²⁵⁹⁾ В. Спаић: Увод op. cit. (у прим. 21), с. 12, Л. Дујмов, op. cit. (у прим. 19), с. 22

дала теорија фискуса (= држава као један субјекат у имовинским односима, а као други иначе), приговарало се да сви ти односи у којима држава учествује као фискус не могу да се обухвате јавним правом.²⁶⁰) — И држава може да учествује у приватноправним односима.²⁶¹) Критеријум (учешће државе) могао је бити довољан за староримско и старо енглеско право,²⁶²) али не задовољава више од када, казано Sohmovim речима, свемоћна држава скида круну да би могла ући кроз мала врата приватног права (као фискус, а друго јавноправно лице као quasifiskus).²⁶³) У сваком јавноправном односу доиста је на једној страни држава, али она учествује и у приватноправним односима.²⁶⁴) Држава може стајати са појединцем и у јавноправним и у приватноправном односу.²⁶⁵) Свака правна норма, без изузетка, заснива одређени правни однос између поданика и државе (као нормотворца).²⁶⁶) Са демократизацијом, све више приватна лица врше јавне функције.²⁶⁷) И држава може стајати у приватноправним, и појединци у јавноправним односима, како са државом, тако и међусобно.²⁶⁸) На приговор, да држава не учествује у неким јавноправним односима (нпр. давање права експропријацији електропривредном предузећу), узвраћа се: држава ту учествује прикривено, јер дотично лице, испуњавајући јавну функцију, више није приватно лице.²⁶⁹)

²⁶⁰) L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 62

²⁶¹) F. Endemann: op. cit. (у прим. 31), с. 25, A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 486 и прим. 1 на тој стр., X. Келзен: op. cit. (у прим. 112), с. 198, 199, 212, H. Nawiasky: Staatslehre (op. cit. у прим. 54), с. 160, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 208, H. Huber: op. cit. (у прим. 64), с. 519, G. Marty — P. Raynaud: op. cit. (у прим. 64), с. 63 и д., T. Ramm: op. cit. (у прим. 118), с. 140, а код нас А. Гамс: op. cit. (у прим. 23), 1952, с. 25, Л. Дујмов: op. cit. (у прим. 19), с. 22.

²⁶²) A. Pernice: Parerga, Der privatrechtliche Standpunkt in der Lehre der römischen Juristen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abtheilung), Bd. 19, 1898, с. 141.

²⁶³) J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 78

²⁶⁴) Ф. Тарановски: op. cit. (у прим. 26), с. 230.

²⁶⁵) A. Wach: op. cit. (у прим. 1), с. 92.

²⁶⁶) F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 486 и д., М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246.

²⁶⁷) G. Marty — P. Raynaud: op. cit. (у прим. 64), с. 64, J. J. M. van der Ven: op. cit. (у прим. 123), с. 177.

²⁶⁸) C. G. Wächter: op. cit. (у прим. 219), с. 5, исти: op. cit. (у прим. 235), с. 21 прим. 3, F. Regelsberger: op. cit. (у прим. 61), с. 115, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 22, W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 123, X. Келзен: op. cit. (у прим. 112), с. 198, 199, 202, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 13), с. 81, а код нас А. Ђорђевић: Систем приватног (грађанског) права (Краљевине Србије, у вези с међународним приватним правом), I, Општи део, Београд, 1893, с. 12, Ч. Марковић: op. cit. (у прим. 63), с. 100.

²⁶⁹) H. Huber: op. cit. (у прим. 64), с. 520.

— Ако се упореди исти правни однос када у њему учествује и када не учествује држава, види се да се иначе ни по чему не разликује.²⁷⁰⁾

(35) Однос државе и поданика или уз то и самих поданика (теорија промитивних, императивних и атрибутивно-императивних норми)

Јавноправне норме заснивају права или обавезе поданика само према држави, заснивају дакле само однос поданика и државе; обећавајуће (промитивне) међу њима, заснивају права према држави, а наређујуће (императивне) обавезе према њој. Приватноправне норме заснивају, осим права или обавеза поданика према држави, дакле односа између поданика и државе, још и права и обавезе између самих поданика, дакле и однос поданика самих; оне су додељујуће — наређујуће (атрибутивно-императивне): наређујуће су јер заснивају обавезе поданика према држави, а додељујуће, јер им дају права и обавезе у међусобном односу.²⁷¹⁾

Критика:²⁷²⁾ — Некада је тешко установити успоставља ли норма, уз однос поданика и државе, још и однос самих поданика; узвраћа се: да је то само проблем тумачења норме, и примене на појединачан случај, а не погађа правилност самог критеријума.

(36) Држава као привредни или непривредни субјект (теорија државе као /не/привредног субјекта)

У приватном праву држава иступа у привредној функцији, у јавном, као и непривредни субјекат.²⁷³⁾

Критика: — Само је замењена реч право речју привреда, па и даље остаје питање када је субјекат јавноправни а када приватноправни, а отворен је пут прозвољности.²⁷⁴⁾

²⁷⁰⁾ С. G. Wächter: op. cit. (у прим. 219), с. 5, F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 559, Р. Д. Лукић — Б. Кошутих: op. cit. (у прим. 19), с. 400. М. Пелеш: op. cit. (у прим. 85), с. 201 и д.

²⁷¹⁾ F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 486 и д., М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 246 и д.

²⁷²⁾ ради се, у ствари, о евентуалним приговорима теорији, које предвиђају и разматрају сами њени заступници, уп. F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 487, М. Лановић: op. cit. (у прим. 4), с. 248.

²⁷³⁾ O. Mayer: op. cit. (у прим. 26), с. 138 и д.

²⁷⁴⁾ J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 80 и д.

(37) *Јавна служба, јавни задаци (теорија јавне службе)*²⁷⁵)

Јавноправне норме се тичу извршавања јавне службе, јавних задатака.²⁷⁶)

Критика: — Критеријум није прецизан: тешко је рећи шта тачно карактерише појам јавне службе, а постаје све то неодређенији што се више елемената додаје.²⁷⁷) — Критеријум се може употребити само заједно са другима, а не сам, а осим тога не може се употребити увек.²⁷⁸) — Данас се јавна служба све више врши приватноправним путем.²⁷⁹)

(38) *Надређеност и подређеност или равноправност (теорија субјекције)*²⁸⁰)

Јавноправни је однос неравноправности, неједнакости, субординације, а приватноправни — равноправности, једнакости, координације²⁸¹) (чиста теорија субјекције); у јавноправном

²⁷⁵) K. Ramstein: Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Winterthur, 1959, с. 15, Н. Huber: op. cit. (у прим. 63), с. 519 називају је Funktionentheorie, Funktionstheorie.

²⁷⁶) о тој теорији уп. за Француску G. Vedel: Droit administratif, Paris, 1976, с. 84 и д., А. de Laubadère: Traité de droit administratif, Paris, 1973, с. 14 и д., 40 и д., G. Marty — P. Raynaud: op. cit. (у прим. 64), с. 64, R. Bechtold: Die positiv-rechtliche Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in Frankreich, München, 1969, с. 74 и д., за Немачку O. Bachof: op. cit. (у прим. 71), II, с. 307, E. R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen, 1953-1954, с. 589, за Швајцарску: K. Ramstein: op. cit. (у прим. 275), с. 15, Н. Huber: op. cit. (у прим. 63), с. 519.

²⁷⁷) G. Vedel: op. cit. (у прим. 276), с. 90 и д., G. Marty — P. Raynaud: op. cit. (у прим. 64), с. 64.

²⁷⁸) K. Ramstein: op. cit. (у прим. 275), с. 15, Н. Huber: op. cit. (у прим. 63), с. 519.

²⁷⁹) K. Ramstein и Н. Huber, као у претх. прим., O. Bachof: op. cit. (у прим. 71), II, с. 309 и д.

²⁸⁰) (од речи „subiectio“); тако је означавају немачки аутори још од прошлог века, а и данас је тај назив владајући; неретко се и ова теорија назива теоријом субјекта (као и она, изложена под 34); G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 32 зове је dynamische Machttheorie; заступљена је и ознака Mehrwerttheorie.

²⁸¹) F. Regelsberger: op. cit. (у прим. 61), с. 115, 117, F. Fleiner: op. cit. (у прим. 29), с. 9, сити: op. cit. (у прим. 31), с. 43, O. Mayer: op. cit. (у прим. 26), с. 15, 116, G. Radbruch: Rechtsphilosophie, Stuttgart, 1956, с. 224 и д., R. Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1898, с. 121, E. Jung: op. cit. (у прим. 71), с. 298 и д., 300, 309, T. Sternberg: Rechtslehre (op. cit. у прим. 71), с. 25, исти: Einführung: (op. cit. у прим. 71), с. 21 и д., G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 55, O. Koellreutter: Grundriss der Allgemeinen Staatslehre, Tübingen, 1933, с. 81, E. Molitor: op. cit. (у прим. 6), с. 48, H. Fasching: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. 1, Wien, 1959, с. 61, F. Dahm: Deutsches Recht (Die geschichtlichen und

односу држава или друго тзв. јавноправно лице је *potentior persona*, носилац империума, субјект који има власт да нареди и да принуди, субјект који може да другој страни наметне своју вољу, и зато субјект веће вредности²⁸²) (теорија субјекције модификована теоријом субјекта, или обрнуто); јавноправни однос се заснива једностраном наредбом, управним актом, а приватноправни, правним послом²⁸³) (теорија правне фор-

dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts), Stuttgart — Köln, 1951, с. 399, А. Ehrenzweig — А. Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, Hälfte 1, Wien, 1951, с. 50, Н. Lange — Н. Köhler: BGB — Allgemeiner Teil, München, 1977, с. 2, Е. Kaufmann: Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus* (Rechtsphilosophische Studie zum Rechts, Staats- und Verwaltungsbegriffe), Tübingen, 1911, с. 128 и д., Е. Forsthoff: *op. cit.* (у прим. 75), с. 91 и д., а код нас Ђ. Тасић: *op. cit.* (у прим. 60), с. 150, Ж. С. Ђорђевић: Приватно (ор. cit. у прим. 23), с. 1196; као једну од разлика, прихватају је G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 9, 56, исти: Das Recht des modernen Staates, Bd. 1, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1905, с. 384, J. W. Hedemann: *op. cit.* (у прим. 71), с. 8, 9 и д., 228 и д., Н. Lehmann: *op. cit.* (у прим. 73), с. 1, Н. Lehmann — Н. Hübner: *op. cit.* (у прим. 73), с. 1, Pokrovski: *op. cit.* (у прим. 26), с. 220, J. Esser: *op. cit.* (у прим. 142), с. 544, Р. Bähr — R. Hoffmann: *op. cit.* (у прим. 71), с. 8, Е. E. Hirsch — K. Pleyer: Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht, München, 1975, с. 10 и д., Н. Brox: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, с. 7, а код нас Л. Марковић: *op. cit.* (у прим. 60), с. 17, Р. Лерадић: *op. cit.* (у прим. 23), с. 71.

²⁸²) F. Regelsberger: *op. cit.* (у прим. 61), с. 115, 117, F. Fleiner: *op. cit.* (у прим. 31), с. 49, 50, 53, М. Lauer: *op. cit.* (у прим. 71), с. 331, М. Gmür у: (Berner) Kommenter zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1, Einleitung, Bern, 1919, с. 78, F. Sternberg: Rechtslehre (ор. cit. у прим. 71), с. 23 и д., исти: Einführung (ор. cit. у прим. 71), с. 21 и д., Е. Jung: *op. cit.* (у прим. 71), с. 298 и д., 300, О. Koellreutter: *op. cit.* (у прим. 122), с. 267, К. Neumeyer: *op. cit.* (у прим. 235), с. 26, 27, М. Waline: L'influence du droit public sur les droit privé, у Travaux de L'association Henri Capitant (pour la culture juridique française), Paris, 1947, II, с. 229, Е. Molitor: *op. cit.* (у прим. 6), с. 48, А. Ehrenzweig — А. Ehrenzweig: *op. cit.* (у прим. 281), с. 50, Е. Forsthoff: *op. cit.* (у прим. 75), с. 91 и д., Н. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 522, а код нас Ђ. Тасић: *op. cit.* (у прим. 60), с. 149, 150, G. Krušel: Uvod у pravoznanstvo, Ljubljana, 1976, с. 250 и д., Р. Д. Лукић — Б. Кошутић: *op. cit.* (у прим. 19), с. 402, 401, Ж. С. Ђорђевић: Приватно (ор. cit. у прим. 23), с. 1196; — као једну од разлика, износи је F. Stier-Somlo: *op. cit.* (у прим. 16), с. 13 и д., Ф. Тарановски: *op. cit.* (у прим. 26), с. 230, А. Gams: *op. cit.* (у прим. 23), 1952, с. 92.

²⁸³) G. Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig, 1913 с. 47, Е. Jung: *op. cit.* (у прим. 71), с. 296 и д., О. Koellreutter: *op. cit.* (у прим. 281), с. 83, F. Dahm: *op. cit.* (у прим. 281), с. 399, Е. Forsthoff: *op. cit.* (у прим. 75), с. 91 и д., Н. Lange — Н. Köhler: *op. cit.* (у прим. 281), с. 2; у суштини тако и Е. R. Huber: Einheit und Gliederung des völkischen Rechts (Ein Beitrag zur Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht), Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen, 1938, с. 319 и д.; — као једну од разлика, наводе је G. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 17), с. 9, А. Baumgarten: *op. cit.* (у прим. 98), II — III, с. 5 и д., R. Herrnritt: *op. cit.* (у прим. 41), с. 13 и д., G. Del Vecchio: *op. cit.* (у

ме).²⁸⁴⁾ ²⁸⁵⁾ — Однос је јавноправни не само ако је једна страна подређена власти друге (држави или другом тзв. јавноправном лицу), већ и ако није, али су обе потчињене таквој заједничкој вишој власти²⁸⁶⁾ (модификована теорија субјекције). — Однос је изворно-јавноправан ако у њему постоји надређеност, ако на основу њега може да се предузме управни акт, а изведено-јавноправан, кад то није случај, али однос чини јединство, у нарочитој је вези са изворно-јавноправним²⁸⁷⁾ (теорија (не)изворно јавноправног односа.)

Критика: — *Petitio principii* је поћи од врсте субјекта: често је управо неизвесно да ли тај наступа као власт или не.²⁸⁸⁾ Иста грешка: да би држава иступила као надмоћна, мора бити правно организована, а норме о томе сматрају се језгром јавног права; дакле, да би се држава сматрала влашћу мора се јавно право већ претпостављати, а претпостављајући то, претпоставља се управо оно што хоће да се докаже.²⁸⁹⁾ Само држава може једнострано да обавезе; управо што то може, чини је државом; она је држава зато што може да заснује јавно право, а није право јавно зато што га заснива држава.²⁹⁰⁾ — Критеријум не може да покрије све право: непримењив је на односе који се не заснивају ни управним актом ни правним послом, већ

прим. 31), с. 277, Е. Jacobi: *op. cit.* (у прим. 71), с. 381, W. Brohm: *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung (Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht)*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1969, с. 39 и д., Н. Huber *op. cit.* (у прим. 64), с. 521, Р. Bähr — R. Hoffmann: *op. cit.* (у прим. 71), с. 8, Н. Brox: *op. cit.* (у прим. 281), с. 7, К. Larenz: *op. cit.* (у прим. 118), с. 2, а код нас Д. Д. Стојановић: *op. cit.* (у прим. 118), с. 13.

²⁸⁴⁾ појављује се као саставни део теорије субјекције, мада је неки сматрају самосталном теоријом, нпр. Е. Molitor: *op. cit.* (у прим. 6), с. 34, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 65 прим. 84, Н. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 520 и д.

²⁸⁵⁾ за немачку праксу уп. Е. Jung: *op. cit.* (у прим. 71), с. 296, Н. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 68 и д., J. Esser: *op. cit.* (у прим. 142), с. 543, O. Bachof: *op. cit.* (у прим. 71), с. 307, W. Weber: *op. cit.* (у прим. 73), с. 41, Н. Thoma: *Bürgerliches Recht — Allgemeiner Teil*, Stuttgart — Berlin — Köln — Mainz, 1975, с. 18, Н. Krüger: *op. cit.* (у прим. 60), с. 322, а за Швајцарску, Н. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 520; — и за ову теорију се позива на Улпијанов исказ (нав. у прим. 6), тако J. Kraft: *Die juristische und soziologische Bedeutung der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 3, 1922 — 1923, с. 565, С. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 154.

²⁸⁶⁾ J. Hatschek: *op. cit.* (у прим. 26), с. 13 и д.

²⁸⁷⁾ W. Jellinek: *op. cit.* (у прим. 29), с. 46 и д., 50.

²⁸⁸⁾ Н. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81.

²⁸⁹⁾ А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 489, 487, К. Herrmann: *op. cit.* (у прим. 26), с. 59 прим.

²⁹⁰⁾ W. Burckhardt: *Organisation* (*op. cit.* (у прим. 52), с. 21 и д.

ex lege;²⁹¹⁾ њиме се може разграничити једино управно од грађанског права, а већ грађанско од кривичног не може;²⁹²⁾ неупотребив је за норме о надлежности, јер се оне не тичу субјеката, већ односа адресата и норме;²⁹³⁾ за норме које не регулишу понашање;²⁹⁴⁾ за норме које не подразумевају учествовање више лица.²⁹⁵⁾ — Одговара само подручју где управа иступа на класичан начин (наређујући, принуђујући кажњавајући), а не и уговорном иступању, и новим облицима управне делатности.²⁹⁶⁾ — Ако се консеквентно спроведе, мења постојећу систематику: постали би јавноправни, односи засновани једностранним пословима, односи родитеља и деце, принципала и конципијента, учитеља и ученика,²⁹⁷⁾ а приватноправни, односи засновани уз сагласност, дакле одузело би се јавном праву управо све оно демократско управно и уставно право, а одузели би се и односи између разних државних органа истог степена.²⁹⁸⁾ Заступници не проводе доследно критеријум, а ако га спроведу није прихватио;²⁹⁹⁾ противречно је декларисати надређеност као мерило јавног права, а уговорни део управног и међународно јавно право сматрати јавним правом.³⁰⁰⁾ — У неким односима који јесу или се сматрају јавноправним нема власти, наредбе, принуде, надређености,³⁰¹⁾ а има их у односима који јесу или се

²⁹¹⁾ X. Kelsen: op. cit. (у прим. 112), с. 201 и д., исти: Reine Rechtslehre, Wien, 1967, с. 284 и д., G. Boehmer: op. cit. (у прим. 72), с. 166, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 65 прим. 84.

²⁹²⁾ X. Kelsen: op. cit. (у прим. 112), с. 201 и д.

²⁹³⁾ A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 488 и д.

²⁹⁴⁾ K. Neumeier: op. cit. (у прим. 235), с. 25 и д.

²⁹⁵⁾ E. Molitor: op. cit. (у прим. 6), с. 49, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 205 и д., исти: приказ Е. Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, 2, 1950, с. 249.

²⁹⁶⁾ F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 562 прим. 15, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 30, H. Lehmann — H. Hübner: op. cit. (у прим. 73), с. 3, D. Grimm: op. cit. (у прим. 6), с. 242, H. Krüger: op. cit. (у прим. 60), с. 322, C. F. Menger: op. cit. (у прим. 3), с. 155.

²⁹⁷⁾ H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 86, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 205.

²⁹⁸⁾ F. Somló: op. cit. (у прим. 88), с. 488, H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 86, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 30, H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 205, а код нас М. Јањовић: op. cit. (у прим. 4), с. 248.

²⁹⁹⁾ H. Kelsen: op. cit. (у прим. 18), с. 92, W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 128.

³⁰⁰⁾ J. Kohler: op. cit. (у прим. 46), с. 169, A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 489, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 57, L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 60.

³⁰¹⁾ M. Layer: op. cit. (у прим. 71), с. 335, E. Kaufmann: op. cit. (у прим. 103), с. 703, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 84, G. A. Walz: op. cit. (у прим. 10), с. 29, W. Apelt: op. cit. (у прим. 26), с. 125 и д., 126 прим. 3, 127 прим. 2, E. Jacobi: op. cit. (у прим. 71), с. 381, K. Eichenberger: Öffentliches und privates Recht, das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, Schwei-

сматрају приватноправним.³⁰²⁾ Подређеност може да буде само индиција, не и поуздан критеријум.³⁰³⁾ Приватно право има посла са надређеним лицима (отац, послодавац, принципал, учитељ и др.), и управо му је један од главних задатака да води рачуна о таквим факторима моћи и да истовремено обезбеди заштиту од њих.³⁰⁴⁾ — У сваком односу је једна воља јача (и у односу пријатељства, љубави и сл.);³⁰⁵⁾ тешко је наћи односе који би били искључиво односи власти или искључиво равноправни — у сваком односу постоји и један и други елемент;³⁰⁶⁾ власт државе испољава се и на јавноправном и на приватноправном подручју.³⁰⁷⁾ — И подређени субјект је обавезан само на основу исте правне норме без које ни надређени не би био овлашћен; оба су дакле у ствари координисана, јер су оба подређена правној норми;³⁰⁸⁾ нема дакле међусобне надређености и подређености субјеката, надређена је једино норма.³⁰⁹⁾ — Не постоји разлика субјеката у том смислу да би једни били субјекти веће вредности, јер могу да наметну другима своју вољу, једнострано да обавезу; обавеза не настаје наредбом, као што не настаје ни уговором; и наредба и уговор само су услови за примену норме, па обавеза настаје увек на основу норме;³¹⁰⁾

zerische Juristen-Zeitung, 3, 1929, с. 38, G. Del Vecchio: *op. cit.* (у прим. 31), с. 277, H. Nawiasky: *Staatslehre* (*op. cit.* (у прим. 54), с. 165 и д., исти: *Rechtslehre* (*op. cit.* (у прим. 54), с. 285 и д., G. Boehmer: *op. cit.* (у прим. 72), с. 164 и д., H. Lehmann — H. Hübner: *op. cit.* (у прим. 73), с. 3 и д., J. Esser: *op. cit.* (у прим. 64), с. 193, исти: *op. cit.* (у прим. 142), с. 543 и д., K. Stern: *op. cit.* (у прим. 46), с. 312, L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 59. 66, M. Zuleeg: *op. cit.* (у прим. 66), с. 34 и д., H. P. Rill: *op. cit.* (у прим. 73), с. 465, W. Brohm: *op. cit.* (у прим. 283), с. 187, W. Weber: *op. cit.* (у прим. 73), с. 41, H. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 520, T. Ramm: *op. cit.* (у прим. 118), с. 140, H. Thoma: *op. cit.* (у прим. 285), с. 18, H. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 41), с. 205 и д., исти: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81, H. Koziol — R. Welsch: *op. cit.* (у прим. 118), с. 6, K. Larenz: *op. cit.* (у прим. 118), с. 2, а код нас Д. Д. Стојановић: *op. cit.* (у прим. 118), с. 13, В. Спаић: Увод (*op. cit.* у прим. 21), с. 12, Л. Дујмов: *op. cit.* (у прим. 19), с. 22, И. Крбек: *op. cit.* (у прим. 66), с. 107, Т. Живановић: *op. cit.* (у прим. 5), с. 362.

³⁰²⁾ осим нав. у претх. прим. тако и F. Somló: *op. cit.* (у прим. 88), с. 488, X. Келзен: *op. cit.* (у прим. 112), с. 201 и д., A. Haenel: *op. cit.* (у прим. 1), с. 154, C. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 155, а код нас М. Лановић: *op. cit.* (у прим. 4), с. 247 и д.

³⁰³⁾ K. Larenz: *op. cit.* (у прим. 118), с. 2.

³⁰⁴⁾ E. Kaufmann: *op. cit.* (у прим. 103), с. 703.

³⁰⁵⁾ H. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 93.

³⁰⁶⁾ Р. Д. Лукић — Б. Кошуткић: *op. cit.* (у прим. 19), с. 401.

³⁰⁷⁾ G. Kušej: *op. cit.* (у прим. 282), с. 251.

³⁰⁸⁾ H. Nawiasky: *op. cit.* (у прим. 54), с. 166 и д., исти: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 287.

³⁰⁹⁾ H. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 112), с. 200, исти: *op. cit.* (у прим. 291), с. 169, 171.

³¹⁰⁾ H. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 84.

према томе, није субјект надређен, већ је надређена једино норма;³¹¹⁾ другачије речено, држава није надређена као правни субјект, већ једино као правни поредак (норма);³¹²⁾ власт и наредба значе способност ауторитативног обвезивања, а она је битна за правну норму као такву, а не само за неке правне норме.³¹³⁾ Уосталом, разлика се не може провести по својству субјекта у правном односу, јер правни однос и не постоји између субјеката, већ између делова правне норме, а субјекти су само персонификација, помоћно средство да се представи тај однос делова норме;³¹⁴⁾ сва је разлика између субјеката камо у томе да неки (држава) персонификују целокупан правни поредак, а остали само његове делове, групе, норми.³¹⁵⁾ Настаје ли обавеза аутономно (уз пристанак) или хетерономно (једнострано, наредбом), то не произилази из поделе права на јавно и приватно, већ из уставног права (несумњиво јавноправног).³¹⁶⁾ — Будући да је по овој теорији управни акт критеријум јавног права, право би се могло поделити на јавно и приватно, само када је већ познато да ли је надлежан суд или управни орган; дакле, она претпоставља да буде решено управо оно питање које би требало да се реши разликовањем јавног и приватног права.³¹⁷⁾ — Подређеност не може бити критеријум, јер је њено постојање последица норме, а припадност норме јавном или приватном праву не треба одређивати по последици норме, већ по неком својству саме норме.³¹⁸⁾ Не одређује природу норме то да је једно лице *potentior persona*, већ норма одређује да ли ће једно лице бити те врсте, па једно те исто лице може али не мора бити такво.³¹⁹⁾ — Ова теорија врши поделу на основу разлика правних односа; то је исувише сложен предмет деобе, уместо кога је потребан једноставнији (правна норма).³²⁰⁾ — Подела на јавно и приватно је подела норми, па је треба извести

³¹¹⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 192 и д., F. Sommló: *op. cit.* (у прим. 88), с. 487, а код нас М. Јановић: *op. cit.* (у прим. 4), с. 246, 247.

³¹²⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 190 и д.

³¹³⁾ Н. Nawiasky: *Staatslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 165, исти: *Rechtslehre* (*op. cit.* у прим. 54), с. 284.

³¹⁴⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 85, исти: *op. cit.* (у прим. 291), с. 285 и д.

³¹⁵⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 84.

³¹⁶⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 86.

³¹⁷⁾ Н. P. Rill: *op. cit.* (у прим. 73), с. 565, 569.

³¹⁸⁾ Н. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81, К. Stern: *op. cit.* (у прим. 46), с. 316.

³¹⁹⁾ Е. Kaufmann: *op. cit.* (у прим. 103), с. 703.

³²⁰⁾ Н. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 41), с. 205, исти: *op. cit.* (у прим. 295), с. 250.

према разликама норми а не односа,³²¹⁾ или положаја субјекта у њима³²²⁾ — Квалитет власти није правни квалитет, па подела која разликује односе према томе да ли садрже власт, није правна подела, као што није геометријска она подела кугли, која их разликује по саставу (на металне, дрвене и сл.)³²³⁾ Систематска вредност тако извршене поделе отприлике је иста за право, као што је за естетику подела слика по квалитету оквира или супстанцији боја.³²⁴⁾ Теорија субјекције не врши битну поделу: и за наредбодавца и за онога коме се наређује није битно да се наређује, већ шта се наређује, па би разликовање јавног и приватног права по томе требало провести;³²⁵⁾ исто важи за поделу по елементу принуде: један субјект није субјект веће вредности зато што може да у случају неиспуњења обавезе примени принуду према другоме; принуда ће се применити и када је повређена приватноправна обавеза, само ће је применити, не лице које учествује у односу, већ неки други надлежан субјект; сва је разлика само у томе, а она није битна.³²⁶⁾ Једно субјективно право остаје исто, било да припада лицу А, лицу Б или Ц; својство титулара не може да утиче на то хоће ли право бити јавно или приватно.³²⁷⁾ Неки, опет, баш у томе виде главну ману теорије субјекције, што је њој свеједно ко су надређени или координисани субјекти (јер би онда и однос међу државама био приватноправни).³²⁸⁾ — Теорија субјекције показује да у приватном праву нема политичке власти; но не може се порећи да и у њему постоји друштвена моћ.³²⁹⁾ — Теорија је крајње опасна;³³⁰⁾ представља више или мање прикривену теорију силе³³¹⁾ и може да послужи санкционисању сваке силе.³³²⁾ Прихватајући је, морали би се одрећи правног система у корист система силе; њена је последица дужност да се потчинимо надмоћној сили, а таква дужност противречи сама себи: како може постојати дужност за онога ко ионако мора да се потчини?³³³⁾ из бруталног факта надмоћи изводи тобожњу правну надређеност надмоћног субјекта; јавно право изво-

³²¹⁾ Н. J. Wolff: *op. cit.* (у прим. 13), с. 81.

³²²⁾ А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 488.

³²³⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 90.

³²⁴⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 18), с. 92, 223, 231.

³²⁵⁾ Н. Krüger: *op. cit.* (у прим. 60), с. 322.

³²⁶⁾ Н. Kelsen: *op. cit.* (у прим. 41), с. 85, 84.

³²⁷⁾ F. Weyr: *op. cit.* (у прим. 9), с. 559.

³²⁸⁾ L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 60.

³²⁹⁾ Н. Huber: *op. cit.* (у прим. 64), с. 520.

³³⁰⁾ L. Duguit: *op. cit.* (у прим. 171), с. 525.

³³¹⁾ А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 489 и д.

³³²⁾ А. Gysin: *op. cit.* (у прим. 49), с. 489 прим. 1.

³³³⁾ J. Kraft: *op. cit.* (у прим. 285), с. 567.

ди из државне моћи, док треба обрнуто, државну моћ изводити из јавног права.³³⁴) У њој, по пореклу апсолутистичкој,³³⁵) делује (можда несвесно) реминисценција на стару апсолутистичку, полицијску државу силе: да се не може најјачи фактор силе ставити раме уз раме са потчињеним поданицима; и док је можда имала нешто оправдано у полицијској држави, неспоји-ва је са идејом правне државе, јер ослобађа државу њене везаности правом, одн. занемарује ту самовезаност државе правом према грађанима.³³⁶) Представља продор политике у правну науку,³³⁷) импутира (највећма несвесно) одређени политички принцип позитивном праву,³³⁸) отвара мала врата политичким погледима који су супротни позитивном праву;³³⁹) и то: да би одре-ним класним, сталешким, групним или индивидуалним интересима осигурала већи ауторитет, него што им га позитивно право пружа, приказује као да из самог права произлази да су једно-страни правни акти, управни акти неvezани правом, да за њих важи пресумција законитости, да се обавезност њихова не изводи из закона, већ из њих самих за разлику од приватноправног акта,³⁴⁰) управа, а за њу је подешена теорија субјекције, представљена је тако, не као провођење закона, већ као слободна делатност у оквирима закона, а управни акт, као да не проводи закон, као да њему није руководни мотив правна норма, већ државни резон.³⁴¹)

(39) *Субјект као носилац јавне власти (теорија носиоца јавне власти)*

У јавноправном односу бар једна страна учествује управо у својству носиоца јавне власти; ако је то случај, однос је јавноправни и када није заснован једнострано, и када у њему нема надређености.³⁴²)

³³⁴) A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 489 и д.

³³⁵) W. Schweers: Das neue deutsche Gemeinschaftsrecht und die Berechtigung seiner Gliederung in öffentliches und Privates Recht, Münster, 1938, с. 21, 85, H. Kummer: op. cit. (у прим. 61), с. 50.

³³⁶) F. Weyr: op. cit. (у прим. 9), с. 561 и д., 563 и д., H. Kelsen: op. cit. (у прим. 18), с. 218, 247 и д., A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 489 и д.

³³⁷) A. Gysin: op. cit. (у прим. 49), с. 489 и д.

³³⁸) L. Schöne: op. cit. (у прим. 6), с. 71.

³³⁹) H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 89.

³⁴⁰) H. Kelsen: op. cit. (у прим. 18), с. 196 и д., 208 и д., 216 и д.

³⁴¹) H. Kelsen: op. cit. (у прим. 41), с. 87 и д.

sblatt, 4, 1958, с. 114 и д.

³⁴²) G. Boehmer: op. cit. (у прим. 72), с. 167, E. Jacobi: op. cit. (у прим. 71), с. 380 и д., L. Ennecerus — H. C. Nipperdey: op. cit. (у прим. 31), с. 225, 226, 228, K. Larenz: op. cit. (у прим. 118), с. 3, B. Rehfeldt: Einführung in die Rechtswissenschaft (Grundfragen, Grundgedanken und Zu-

Критика: — *Petitio principii* је поставити као критеријум својство носиоца јавне власти: у многим случајевима баш је спорно да ли држава или други субјект поступа као носилац јавне власти или као приватно лице.³⁴³ — Овим се критеријумом не могу уклонити све тешкоће разграничења; јавно и приватно право не дају се раздвојити као ножем, често су испреплетени; укрштање је најјаче у радном праву, које садржи јавноправне и приватноправне саставне делове.³⁴⁴)

(40) *Носилац јавне власти као неопходан субјект односа и норме (теорија нужног субјекта)*³⁴⁵)

Однос је јавноправни, ако је (појмовно или по норми) нужно да у њему учествује носилац јавне власти, ако без носиоци јавне власти не би ни био могућ; иначе је приватноправни.³⁴⁶) Норма је јавноправна, ако може да овласти или обавезе једино., само носиоца јавне власти; како је јавноправна она норма која може дати права и обавезе једино носиоцу јавне власти, јавно право је посебно право; норма је приватноправна, ако њоме може бити овлашћен или бавезан било ко, свакако, па је зато приватно право опште право.³⁴⁷)

sammenhänge), Berlin, 1962, с. 171 и д., D. Schwab: Einführung in das Zivilrecht, Kronberg/Ts., 1976, с. 61, G. K. Schmeizeisen: Bürgerliches Recht, München, 1975, с. 1, H. Koziol: — R. Welser: op. cit. (у прим. 118), с. 6; по J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 85 та теорија би се могла наћи у ствари већ код F. Regelsberger: op. cit. (у прим. 61), с. 115, A. Haenel: op. cit. (у прим. 1), с. 153 и д., G. Jellinek: op. cit. (у прим. 281), с. 372; као једну од разлика, наводе је L. v. Köhler: op. cit. (у прим. 31), с. 24 и д., E. E. Hirsch — K. Pleyer: op. cit. (у прим. 281), с. 10 и д., P. Bähr — R. Hoffmann: op. cit. (у прим. 71), с. 8.

³⁴³) H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 13), с. 81, J. Esser: op. cit. (у прим. 142), с. 543.

³⁴⁴) K. Larenz: op. cit. (у прим. 118), с. 3.

³⁴⁵) да би се разликовала од старије, назива се новија, модификована, преправљена, обновљена теорија субјекта (уц. и прим. 251), а често и Zuordnungstheorie, Sonderrechtstheorie.

³⁴⁶) C. E. Leuthold: op. cit. (у прим. 61), с. 361 и д., 363 прим. 2, O. v. Sarwey: op. cit. (у прим. 31), с. 298, J. Holliger: op. cit. (у прим. 2), с. 87 и д., E. Jacobi: op. cit. (у прим. 71), с. 380, L. Richter: Das subjektive öffentliche Recht, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 8, 1925, с. 3 и д., а донекле A. v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin, 1957, с. 624 и д.; као једну од разлика, наводи је F. Stier — Somlo: op. cit. (у прим. 16), с. 15, G. Prazák: op. cit. (у прим. 16), с. 260, H. H. Rupp: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklag gegen Träger hoheitlicher Gewalt (Eine Untersuchung zur prozessrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge), Deutsches Verwaltungsblatt, 4, 1958, с. 114 и д.

³⁴⁷) H. J. Wolff: op. cit. (у прим. 41), с. 208 и д., исти: op. cit. (у прим. 13), с. 81 и д., K. Stern: op. cit. (у прим. 46), с. 313 и д., H. H. Rupp:

Критика: — Не постоји правно регулисани однос, у коме би јавна власт као правни субјект, природно или појмовно нужно или по праву морала да учествује; правни поредак одређује ко ће бити субјект односа, а чини различите изборе.³⁴⁸⁾ — Када би се критеријум доследно провео, читаво фискално подручје морало би се подврћи јавном праву³⁴⁹⁾ — Доследно проведен, водио би неким неприхвативим формалистичким резултатима: тако, пошто експропријација није однос у коме увек мора, неопходно је да учествује јавна власт, морала би се сматрати приватноправним односом; заступници теорије то не чине, и тако избегавајући Сцилу налаћу на Харибау, будући да исту установу час сврставају у јавноправу, час у приватноправну (када се врши у интересу приватних лица).³⁵⁰⁾ На ово се узвраћа: експропријација је увек јавноправна; када су они корисници експропријације, приватна лица су делегатари јавне власти, а једино је логично да се делегатар јавне власти уподоби јавној власти као нужном субјекту односа.³⁵¹⁾ — Ни ова теорија не може да реши све проблеме: Неке позитивноправне разлике (као нпр. јавноправни положај поште, а приватноправни железнице) нису уопште рационално објашњиве.³⁵²⁾ Неке делатности управе нису законом уређене, па би једино остало задовољити се тада претпоставком о њиховој јавноправној природи;³⁵³⁾ на ово последње узвраћа се: претпоставка о јавноправности управне делатности није још увек проблематична, јер „бекство управе из јавног права” (= испуњавање својих задатака средствима, нетипичним за управу) још увек није правило; но и независно од тога, теорија има решење — треба утврдити да ли би правило, којим се попуњава правна празнина, могло да важи само за носиоца јавне власти, или за било кога.³⁵⁴⁾ Теорија не одговара на питање, да ли су јавноправне или приватноправне оне норме, које одређују ко је носилац јавне власти;³⁵⁵⁾ узвраћа се: да спадају у јавно право, јер права и обавезе које дају дотичним субјектима, специфично су одређе-

ор. cit. (у прим. 347), с. 114 и д., W. Weber: ор. cit. (у прим. 73), с. 42, С. F. Menger: ор. cit. (у прим. 3), с. 162 и д.; за праксу уп. L. Schöne: ор. cit. (у прим. 6), с. 68.

³⁴⁸⁾ Н. Kelsen: ор. cit. (у прим. 18), с. 97 и д.

³⁴⁹⁾ W. Leisner: ор. cit. (у прим. 77), с. 203.

³⁵⁰⁾ Н. Rehm: ор. cit. (у прим. 1), с. 93 и д.

³⁵¹⁾ J. Holliger: ор. cit. (у прим. 2), с. 87.

³⁵²⁾ Н. Thoma: ор. cit. (у прим. 285), с. 18 прим. 4.

³⁵³⁾ W. Martens: ор. cit. (у прим. 71), с. 94.

³⁵⁴⁾ С. F. Menger: ор. cit. (у прим. 3), с. 165 и д.

³⁵⁵⁾ С. F. Menger: — Н. U. Erichsen: Höchstsrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungs Archiv, 4, 1968, с. 379.

не управо правним положајем тих субјеката;³⁵⁶) у вези с тим и следеће: нетачна је поставка заступника ове теорије да се носиоцем јавне власти постаје на основу норме или управног акта, док се приватноправним субјектом постаје на основу чињеница (рођењем, људским радњама, код правног лица), а да норма или управни акт само то потврђује; у оба случаја почива на норми то да је по среди правни субјект и зато је *circulus vitiosus* у основи ове теорије, јер она појам јавног права одређује посредством појма јавноправног субјекта (носиоца јавне власти), а остаје непознато да ли је један субјекат то или не.³⁵⁷)

(III)

После свега, тешко је отети се утиску да су теорије успешније критиковане него што су заступане и брањене. Резултат: у међународним размерама, не само да нема општеуспојеног, него се не може издвојити ни неки став као владајући, јер се онај који превладава у оквирима једне земље разликује од владајућег у другима. Опет, нема сумње да је правна појава довољно сложена, да садржи у себи још елемената и својстава, који би се могли — упркос непорецивој правничкој имагинацији, исказаној до сада на делу — понудити као још један, још некоришћени критеријум разликовања; и то, вероватно, не с мањим изгледима на /не/успех, него што је онај већ постојећих теорија. Изгледи за увећавање разлика дакле постоје. Но и постојеће су разлике у ствари и веће него што изгледа. Јер, и они који заступају исти став о разлици права као јавног и приватног, различито мисле о низу проблема, најтешње везаних с проблемом саме разлике (често несвесни да су и то проблеми и какав им је значај). Као такве предочавам (у виду шлагворта, којима — због недостатка простора — не следе ближа објашњења) ове проблеме:

(1) *Предмет деобе*: који елементи правне појаве јесу или могу бити означени као јавно одн. приватноправноправни (субјективно право, посао, норма, начело, однос, институт, грана и др.); да ли само један, неки или сви; (неизбежан проблем: појам права, како се схвата „право“).

³⁵⁶) С. F. Menger: *op. cit.* (у прим. 3), с. 161.

³⁵⁷) L. Schöne: *op. cit.* (у прим. 6), с. 73 и д., W. Leisner: *op. cit.* (у прим. 77), с. 203 прим. 16, M. Zuleeg: *Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, *Verwaltungs-Archiv*, 4, 1982, с. 388 и д.

(2) *Носилац деобе*: ако се више предмета може тако разликовати, да ли је и који (или их је више) међу њима одређујући, тако да су због њега (зато што је он јавно одн. приватно-правни) и остали такви.

(3) *Праву иманентан или ванправни критеријум*: да ли се подела врши, или је ваља вршити, према својствима и елементима иманентним правној појави (нпр. диспозитиван карактер норме), или по нечему ван права али у вези с њим.

(4) *Један или више критеријума*: може ли се подела извести по једној разлици, или само комбинацијом разлика.

(5) *Исти критеријум за различите предмете деобе*: ако је више предмета деобе, да ли се сви могу делити по истом (одн. истом комбинацијом) критеријуму (могу ли се нпр. делити правни односи по истој разлици по којој и субјекти).

(6) *Основни и споредни критеријум*: ако их је више, да ли се критеријуми комбинују као равноправни, или је један главни а остали су само допунски, и служе онда када се по њему подела не може извести.

(7) *Формални и материјални критеријум: узрочна или последична разлика*: због материјалног, право је подељено на јавно и приватно, њиме се дакле објашњава зашто разлика постоји, а формални, разлику само показује а не изазива је.

(8) *Критеријум потпуне или непотпуне деобе*: да ли је применом критеријума право подељено у целости (дводеоба) или предмет деобе није исцрпљен, па постоје делови који нису ни јавноправни ни приватноправни (тродеоба, четворна подела и тд.; мешовито право; социјално право).

(9) *Однос поделе са другим поделама*: — ранг ове поделе у односу на друге поделе (да ли је ова подела основна, најважнија и сл.); — могу ли се јединице других подела једнозначно одредити као јавноправне одн. приватноправне, или једна те иста јединица садржи обе стране (нпр. да ли је свака норма, свака установа, свака грана искључиво јавноправна или искључиво приватноправна, или свака или нека норма, установа, грана има и јавноправни и приватноправни део); — каква је структура јавног а каква приватног права (из којих се нпр. установа састоји јавно право, из којих грана); у вези с тим: да ли се при одређивању састава јавног и приватног права поступа доследно

изабраном критеријуму деобе, или се увршћује и делови који се не могу ускладити са критеријумом, али се традиционално сматрају јавноправним или приватноправним; проблем оцењивања и упоређивања различитих теорија о разлици јавног и приватног права: иманентна или трансцендирајућа критика.

(10) *Јавно и приватно право као системи или агрегати*: представљају ли јавноправни и приватноправни део, посматрани сваки за себе, систем или агрегатно, несређено стање елемената.

(11) *Разједињени и супротстављени или само разграничени делови*: да ли јавноправни и приватноправни представљају супротстављене делове, или делове ненарушене целине.

(12) *Равноправни или неравноправни делови; промене у међусобном односу*: има ли јавно право примат у односу на приватно; да ли је један део условљен и једнострано одређен другим; проблем тзв. публицизације приватног, привитизације јавног, интерпенетрације.

(13) *Априорна или неаприорна природа поделе*: је ли подела априорна, па је свако право било, јесте и биће подељено на јавноправни и приватноправни део, или је историјски настала и условљена.

(14) *Апослутност или релативност критеријума деобе*: разликују ли се јавно и приватно право увек по истом критеријуму, или се овај мења; да ли је то што их разликује увек исто.

(15) *Стварна или договорна подела, стварни или договорни критеријум поделе*: да ли се проблему деобе права на јавно и приватно приступа с уверењем да је право и само подељено на јавно и приватно, па је посао науке једино да открије шта је то што га тако дели, или се напротив, предлаже да право буде тако подељено, и то по неком критеријуму, некој разлици.

(16) *Сврха и функција поделе*: с којим циљем делити право на јавно и приватно: педагошким, правно-практичним, правно-политичким, правно-систематским, идеолошко-политичким или др.

(17) *Исти или различит критеријум за једну или разне сврхе*: да ли право делити на јавно и приватно у практичне сврхе по истом критеријуму, по коме и за школско-педагошке или систематизацијске, на пример.

Информације о свему томе, заједно с информацијом о самој разлици (датом под II), тек би пружиле потпуну слику о стању проблема, означеном једноставно као „јавно и приватно право“. Али прави посао почиње тек после тога. Определити се *hic et nunc*: да ли је право уопште подељено на јавно и приватно, тачније: делити га или не делити тако, и по ком критеријуму. Свака расправа о томе имаће смисла само ако су методолошка полазишта свих учесника иста. А за то би требало поћи од последњег назначеног проблема (16. и 17.) као од првог: која би могла бити сврха деобе?

SUMMARY

THE DISTINCTION BETWEEN PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW

This work deals with the state of legal thought in respect of the question: what distinguishes public law from private law. The author firstly reports on as yet established reviews of the theories in connection with this question so far (I). The author's reviews of theories dealing with the distinction between public and private law (under II) is more complete in volume in respect of the number of theories discussed than any other review so far, analysing forty different schools of thought, during the nineteenth and twentieth centuries in Austria, France, Germany, Switzerland, England, USA, USSR and Yugoslavia. The author also deals with the critical works and the defence of each theory. He concludes (under III) that critical works on the theories are more successful than their defence, and that the distinctions among the theories are much bigger than it is evident in consideration of the large number of theories, for even the advocates of the same theory have diverse opinions on a number of questions, which are closely related to the question of the distinction between public and private law; the author indicates these questions.

RÉSUMÉ

LA DIFFERENCIATION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

Dans cette étude est exposé l'état de la pensée juridique au sujet de la question: d'après quoi diffèrent le droit public et le droit privé. L'auteur expose, tout d'abord, les aspects existantes des théories relatives à cette question (dans le paragraphe I), L'exposé de l'auteur des théories relatives à la différenciation du droit public et du droit privé (dans le paragraphe II), d'après le nombre des théories qui ont fait l'objet du compte rendu, s'étend sur une large sphère que les comptes rendus élaborés jusqu'à présent, il a exposé quarante conceptions différentes, qui ont été soutenues au dix-neuvième et vingtième siècles en Autriche, en France, en Allemagne, en Suisse, en Angleterre, aux Etats-Unis, dans l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques et en Yougoslavie. L'auteur a exposé de même la critique qui a été formulée envers chacune de ces conceptions ainsi que les répliques à ces critiques. Il conclut (dans le paragraphe III) que les théories ont été critiquées avec plus de succès qu'elles n'en ont été soutenues et développées et que les différences entre les théories sont plus grandes que cela ne fait ressortir un aussi grand nombre de théories, car les adeptes de la même théorie ont des opinions différentes sur un grand nombre des questions qui sont étroitement liées à la question de la différence du droit public et du droit privé; l'auteur a mentionné quelles sont ces questions.

МОГУЋНОСТ ДЕОБЕ НАШЕГ ПРАВА НА ЈАВНО И ПРИВАТНО ПРАВО

1. Уставне промене које су се у нашој земљи догодиле 1974. и, потом, доношење Закона о удруженом раду 1976., као и законодавна пракса која је после тога уследила, покренули су поново питање деобе нашег права на гране и области права, па и питање поделе на јавно и приватно право.¹⁾ Трећи конгрес правника Југославије, одржан у Скопљу 1977.,²⁾ Саветовање у Институту за упоредно право у Београду, одржано 1978.³⁾ и, најзад, научни скуп одржан у Новом Саду 1979. поводом двадесетогодишњице постојања Правног факултета у Новом Саду⁴⁾, посветили су, скоро искључиво, пажњу систематици нашег права на гране и области права. Поред наведених скупова, о нашем правном систему и његовој деоби на гране и области

¹⁾ О овом питању се темељно расправљало 1950. године на Трећој интерфакултетској конференцији правних факултета у Београду; радови и дискусија објављени су у Архиву за правне и друштвене науке, бр. 1 од 1950. године, стр. 7—64.

²⁾ Реферати, одржани на том Конгресу, и други материјали о раду Конгреса објављени су у Архиву за правне и друштвене науке, бр. 2—4, Београд, 1977.

³⁾ Материјал са Саветовања објављен је у публикацији Института за упоредно право у Београду под називом „О систему права СФРЈ”, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у самоуправном социјалистичком друштву” — децембар 1978, Савремена администрација, Београд, 1979.

⁴⁾ Материјали са одржаног научног скупа објављени су у публикацији Правног факултета у Новом Саду под називом „Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци”, Нови Сад, 1980.

права било је речи и у другим приликама.⁵⁾ Најзад, наш правни систем је такође предмет пажње и појединача, који своја размишљања и закључке саопштавају у појединим публикацијама.⁶⁾

Интересовање павника за деобу нашег права на гране и области у периоду од 1974. до данас и, разуме се, данас, је оправдано. Јер, у нашем друштву су се у протеклом раздобљу заиста десиле велике промене у свим областима живота, па и у области права. Децентрализација у области државне организације и у вези с тим децентрализација у свим другим областима живота довела је, у поређењу с претходним периодом, и до друкчије прерасподеле нормативне надлежности између Федерације, с једне стране, и република и покрајина, с друге стране. Многе области живота прешле су потпуно или знатним делом у нормативну надлежност република и покрајина, на пример, област регулисања породичних односа (брака, односа између родитеља и деце, старатељства), област наслеђивања, област образовања, област радних односа, област одговорности за кривична дела и др., тако да данас имамо осам или девет правних режима за поједине области живота. С друге стране, извесне области живота су и даље остале у искључивој или претежној нормативној надлежности Федерације, на пример, област интелектуалног стваралаштва у науци, књижевности, уметности и техници, област ознака производа и услуга у промету, област облигационих односа, област борбе против нелојалне утакмице и монополистичких споразума, и друге. Делегатски систем извршио је преврат у извору и начину вршења власти у поређењу с претходном праксом. У оваквим друштвеним и правним оквирима, самоуправљање је добило нов замаха а с њим и самоуправно право, тако да је то дало ново обележје читавом друштву.

2. С обзиром на то да о појму права и појму правног система постоји више схватања, то је потребно, пре него што се пређе на излагање о подели права на јавно и приватно, одредити шта треба подразумевати под правом и правним системом, како би се знало шта је предмет деобе на јавно и приватно право. То је такође потребно урадити и због тога што у нашем друштву постоје право и правни систем Федерације, затим

⁵⁾ На пример, на интерфакултетској конференцији правних факултета у Херцег Новом 1975. године, на интерфакултетском састанку у Осјеку 1979. године (в. др Бранислав Ивановић, Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Нови Сад, 1980, стр. 246—247).

⁶⁾ В. др Борислав Т. Благојевић и др Будимир Кошутинић, Стварање социјалистичког система права у Југославији, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5, 1977, стр. 617—628.

република и покрајина и, најзад, самоуправно аутономно право и правни систем; ако појам права и правног система не би био одређен имајући у виду и ову чињеницу, не би се тачно знало о чему је реч кад се расправља о деоби права и правног система на јавно и приватно право или о ма којој другој класификацији.

Под правом и правним системом треба подразумевати опште правне норме које постоје у Југославији као позитивно право, без обзира на то, који је субјект те норме створио. Дакле, и право које је створила Федерација, и оно које су створиле републике и покрајине, и оно које су створили субјекти као самоуправно аутономно право, треба сматрати правом и правним системом. Овако схваћено, право и правни систем су синоними; под њима се подразумева правна стварност која у Југославији данас постоји, и то стварност каквом су је креирали сви творци права и на основу које се углавном одвија живот у нас. Тиме се не негира постојање права и правног система Федерације, затим република и покрајина и, најзад, самоуправног права и правног система, али сви ти системи, релативно посебни и самостални, могу се и морају посматрати као јединствено право и правни систем кад се расправља о ситематизацији нашег права уопште, па и о његовој деоби на јавно и приватно право, јер произилазе из исте друштвене основе и на њој почивају, и прожети су истим основним принципима. Тиме се такође не негира ни то да овако схваћено право и правни систем чине норме изражене на папиру, а да су право и правни систем сложенији појмови који се у свему не поклапају са правом и правним системом како их је законодавац објавио или, боље речено, који мање или више одступају од права и правног система како их је прокламовао законодавац. Тиме се, најзад, не негира ни чињеница да формулисани појам права и правног система занемарује извесне друге елементе права, на пример, појединачне правне норме, правне субјекте, правне односе и др. Али, и поред свега тога, под појмом права и правног система, кад се ради о њиховој класификацији, треба подразумевати прокламовано право, јер оно представља оно што је јасно видљиво и што може бити предмет класификације. Одступања, која у пракси од њега постоје, не негирају његове основне карактеристике. Наиме, претежан део правне праксе се одвија у складу са прокламованим правом. Ако то не би био случај, онда се правни поредак који је прокламован не би могао одржати. Уосталом, кад се врши класификација прокламованог права и правног система, треба имати у виду и правну праксу, дакле, стварно правно стање у друштву, тако да извршена класификација одговара не само декларисаном праву, него и реалном правном животу.

Полазећи од изложеног схватања права уопште и права у нас или, друкчије речено, правног система, биће речи о деоби нашег права на јавно и приватно право.

3. У дискусији која се последњих неколико година водила у нас о систематизацији нашег права, главна расправа није била посвећена његовој подели на јавно и приватно право, него подели на гране права и подели на државно и самоуправно право, али се говорило и о деоби на јавно и приватно право. Притом су се испољила два опречна става.

По једном од њих, наш правни систем (наше право) не може се делити на јавно и приватно право.

Др Јован Ђорђевић⁷⁾, као један од заступника овог схватања, каже:

„У југословенском праву, од самог почетка, у привреди није ништа било „приватноправно“ него је све „јавноправно“, односно руковођено и контролисано од стране народне власти у интересу друштва, односно огромне већине народа. Али из тога би било погрешно закључити да у нашем социјалистичком праву ни сада не постоје грађанскоправни односи, односи у којима се примењује принцип аутономије личности и да не владају, у измењеном и чак проширеном облику, диспозитивне норме и то не само у области имовинских односа међу грађанима, него у имовинским односима између правних лица социјалистичког привредног сектора. Осим тога, у социјалистичком праву постоји и све се више мора проширивати круг личних и неимовинских права грађана, све се више мора проширивати круг аутономије личности, и то не само у области ранијег „приватног права“, него и у првом реду у области „јавног“, тј. нарочито уставног права.

„Полазећи од овога, јасно је да у нашем правном систему нема ни норми које су карактеристичне као приватноправне у римском и буржоаском смислу, а још мање посебне правне групе приватног права у правном систему. Појам приватног права као противположеност јавном праву, као база за противстављање личности друштву нестао је у нашем правном систему, чији је један од основних принципа сједињавање личних и друштвених интереса ради активног учешћа свих радних људи у управљању друштвеном својином и целином друштва.

„Најзад, тврђење да у социјалистичком праву преовлађује јавно право (то је једно од схватања које се појавило у Со-

⁷⁾ В. његов рад „Прилог питању система и класификације правних наука у СФРЈ“, Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1980, стр. 9—27.

вјетском Савезу — Ж. Б.), представља беспредметну таутологију уколико се сматра да је свако право државно, и опасно је — уколико оно свесно или несвесно имплицира идеју непријатеља социјализма да социјалистичка држава гуши личност, слободу и иницијативу човека, да социјализам представља касарну у којој влада само државна команда, у којој је све постало „јавно“, подређено државним заповестима, контроли. Супротно томе, социјализам је настао и има своје историјско оправдање у ослобођењу човекове личности кроз ослобођење маса, у бризи о животу и раду, личности и слободи конкретног и стварног човека, а не апстрактне индивидуе буржоаског права.

„У ствари, најкрупнија научна слабост свих дводеоба правног система лежи у томе што се оне своде на раздвајање правних група међу собом, на установљење принципијалних разлика међу њима. Иза сваке деобе на јавно и приватно право крије се у основи њихово противстављање као правних области које се битно разликују по својој друштвено-политичкој садржини. Ову идеју је нарочито јасно развио Хегел, који истиче да се јавно (државно) право одликује јединством материје и воље, унутрашњом хармонијом и да представља највиши ступањ развитка општег и националног духа, док је карактеристика приватног права борба личних и групних момената, унутрашња противречност себичних воља.

„Право у СФРЈ није само јавно право, него у суштини самоуправно-социјалистичко право које, на бази искорењивања свих извора експлоатације и потчињавања, ослобођа човека. враћајући му све више аутономије, слободе, обезбеђујући му кроз изградњу социјалистичког друштва да постане све више и потпунији господар свих средстава за производњу, свих друштвених продуката и све више и саме природе: да, као што је говорио Енгелс, из царства варварства и нужности пређе у царство слободе и културе.

„Оригиналност структуре савременог југословенског права, које произилази из самоуправних односа и нормирања, јесте специфичан дуализам у форми: постојање државног права поред друштвеног и самоуправног права. Овај дуализам није статичан и формално логичан већ дијалектичан; он означава процес трансформације (и одумирања) права у функцији развитка самоуправног (деетатизованог) друштвено-политичког система.

„Југословенско право узето у целини, у својим општим начелима, није ни полуприватно, ни полујавно, ни само јавно. Оно је јединствен систем социјалистичког права. Према томе, друго централно питање нашег права као система не састоји се у његовој подели на противположне „кардиналне“ групе, противне самој његовој природи социјалистичког правног сис-

тема, него у утврђивању које унутрашње правне групе у њему постоје и по ком критеријуму се оне појављују и формирају“.⁸⁾

Овакво становиште о подели нашег права на јавно и приватно право заузимао је, у основи, др Јован Борђевић још 1950. године, дакле, још пре тридесет година.⁹⁾

Др Будимир Кошутић¹⁰⁾ такође сматра да се наш правни систем не може делити на јавно и приватно право:

„Ни једно савремено друштво, па ни наше, није успело у потпуности да превазиђе извесну супротност интереса. Но, и то је важно истаћи, плурализам интереса који постоји у нас настаје, не као последица приватне својине на средствима за производњу и тежње за бесконачним увећањем профита експлоатацијом рада другог, већ као израз још недовољног и неравномерног развоја производних снага и неједнаких природних могућности и способности. Стога, у нашем друштву не постоји више основни чинилац који је омогућио и омогућава поделу објективног права на јавно и приватно. Јер, у основи поделе права на јавно и приватно лежи супротстављеност две сфере буржоаског друштва, јавне сфере у којој је сваки човек, буржој или радник, политички једнак и приватноправне сфере у којој власници средстава за производњу захваљујући својој економској премоћи кроз „слободно и равноправно“ уговарање остварују своје посебне интересе. На тај начин, у буржоаској држави демократског типа ствара се привид о њеној ванкласној природи, јер сваки човек има један глас и исту могућност да бира и буде биран на највиша места у државном апарату. Но, иза ове формалноправне једнакости крије се стварна неједнакост, иза, тобоже, општих интереса крије се класни интерес. На ову супротстављеност јавне и приватне сфере, на раздвојеност човека као јавне и приватне личности, указивали су Маркс и Енгелс још у својим раним радовима. Основни узрок за њу налазили су пак у приватној својини на средствима за производњу. Стога, сам развој приватног права најтешње су повезали са развојем приватне својине. Очигледно је, према томе, да

⁸⁾ В. Наведени рад, стр. 18 и 19.

⁹⁾ В. његов рад „Прилог питању система социјалистичког права ФНРЈ“, реферат на Трећој интерфакултетској конференцији правних факултета, Београд, 1950, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1, 1950, стр. 20—24.

¹⁰⁾ В. његов рад „Критеријуми који одређују груписање правних норми у одређене гране права и правне области“, О систему права СФРЈ, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у самоуправном социјалистичком друштву“ — децембар 1978, издање Института за упоредно право, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 55—63.

у нашем праву нема више места за поделу на јавно и приватно право, јер су нестали они узроци који су је изазвали. Уосталом, дилеме о критеријумима за поделу права на јавно и приватно у немарксистичкој правној науци јавиле су се управо због извесних пребражаја у области својинских односа, посебно због интервенције државе у привредни живот.

„Негирање деобе нашег права на јавно и приватно не значи само по себи одбацавање сваке могућности груписања правних норми у правне области. Тако, у сваком случају, вредан је пажње труд да се испита да ли и у којој мери социјалистичка робна производња даје основа за једно такво груписање у правне области. Но, при том, мора се одмах у почетку одбацити свака аналогија с поделом права на јавно и приватно. Јер, наше право није ни јавно ни приватно, него јединствен систем социјалистичког самоуправног права. Другим речима, не треба ни покушавати нове правне облике смештати у старе форме, ако за то не постоје озбиљни разлози. А, посебно, то не треба чинити ако су те форме оптерећене негативним садржајима узрокованим класним противуречностима, које су биле основ и разлог њиховог настанка. Другим речима, ако социјалистичка робна производња захтева доношење специфичних правних норми, које се могу груписати не само у посебну грану права, него и у правну област нашег правног система, не треба из тога извући закључак о потреби и нужности деобе нашег права на јавно и приватно. Јер, није робна производња условила настанак приватног права, него су и робна производња и приватно право условљени и омогућени, у одређеном смислу, приватном својинском. С друге стране, нема или не би смело да буде идентитета ни у претпоставкама, ни у дејствима, ни у последицама између буржоаске и социјалистичке робне производње. Стога ни са тог разлога не треба евентуалну деобу права коју би омогућило постојање социјалистичке робне производње подводити под ову стару формулу о јавном и приватном праву.“¹¹⁾

Др Карољ Бетваи,¹²⁾ без детаљнијег образложења, одбацује поделу нашег правног система на јавно и приватно право, следећим речима: „Поделу права на приватно и јавно не би требало ни помињати. Она је наслеђена, али и потпуно превазиђена у нашим условима.“¹³⁾

¹¹⁾ В. наведени рад, стр. 61—62.

¹²⁾ В. његов рад „Систем социјалистичких самоуправних односа производње, друштвена својина и нови наставни план“, Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1980, стр. 55—84.

¹³⁾ В. наведени рад, стр. 66.

И др Љубиша Милошевић¹⁴⁾ сматра да се наш правни систем, а такође и наша правна наука, не могу делити на јавно и приватно право:

„Правни систем Социјалистичке Федеративне Републике Југославије је по својој карактеристици сложен, јер га чине правни системи Федерације, република и покрајина и самоуправних организација и заједница. Иако је наш правни систем сложен, он је јединствен и хомоген. Наш правни систем је истовремено и државноправни и самоуправни.

„Овом нашем правном систему треба да одговара и систем правних наука. Наша правна наука не познаје поделу ни на државно (јавно право) и на приватно право, нити поделу на државно право и самоуправно право, нити на државно право и право удруженог рада. Наша правна наука је исто тако јединствена и хомогена као и правни систем.“¹⁵⁾

Против могућности деобе нашег правног система на јавно и приватно право изјаснио се и Фикрет Еминовић.¹⁶⁾

По другом схватању, наш правни систем, и поред свих промена које су се догодиле у нашем друштву, може се делити на јавно и приватно право.

Заступајући становиште о могућности деобе нашег права на јавно и приватно право, др Радомир Лукић¹⁷⁾ каже:

„У... покушајима да се нађе нешто ново у нашем систему права најчешће се враћа на тврдњу да у њему не може да буде поделе на јавно и приватно право. Чини ми се да таква тврдња није тачна. Од Улпијана потиче разликовање на јавно и приватно право према интересима који се штите и отуд метода регулисања односа у којима се штите. Наиме, јавни интереси се штите јавном влашћу, тј. једностраном наредбом, приватни, појединачни, групни, — договором, аутономијом воље једнаких субјеката. То јасно постоји и у нас, као што несумњиво постоји сукоб између јавних, општедруштвених интереса и посебних.

¹⁴⁾ В. његов рад „Нека размишљања о теми „Правни систем СФРЈ и систем правних наука“, Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1980, стр. 139—143.

¹⁵⁾ В. наведени рад, стр. 143.

¹⁶⁾ В. његову дискусију објављену у публикацији „О систему права СФРЈ“, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у самоуправном социјалистичком друштву“ — децембар 1978, Институт за упоредно право, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 159.

¹⁷⁾ В. његову дискусију, објављену у публикацији „О систему права СФРЈ“, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у савременом социјалистичком друштву“ — децембар 1978, Савремена администрација, Београд, 1979., стр. 151—153.

Шта је иначе приватизација друштвене својине, одн. групносвојинско понашање у нас? Ми ове две области не морамо звати јавно и приватно право, али суштина остаје. Зато се не слажем с другом Кошутићем кад сматра да ова подела не постоји.¹⁸⁾

Др Стеван Врачар¹⁹⁾ такође сматра да се наше право може делити на јавно и приватно право.

„... за нас је најзначајније да ли, како и уколико оцрта-но структуисање самог правног система, као и систематике позитивноправних дисциплина, одговара природи југословенског права, тенденцијама његовог развоја, већ испољеним новинама.

„Неоспорно је да се намеће неопходност таквог третирања нашег правног система у којем долазе до изражаја све оне битне промене, суштинске и садржинске, у вези са изградњом социјализма у југословенском моделу. Наше право се мења у складу с општим друштвеним променама. Оно се преображава и изнутра, али и по својим спољним изразима. Оно се зато разликује од буржоаских правних система, али и од тзв. егистичких видова социјалистичког права. Оно носи печат самоуправљања.

„Зато, чини ми се, има основа за проверавање да ли, зашто и уколико остаје у нашем праву чак и најстарија подела на јавно и приватно право. Мислим да она и те како постоји, али је модификована и конкретизирана због нових друштвених оквира, па зато и не може имати најистакнутију улогу и место. Ова диференцијација је стварно потиснута, првенствено због специфичних диференцијација које су проистекле из успостављања и развијања система самоуправљања. Зато се оправдано инсистира на истицању поделе на тзв. државно и тзв. самоуправно право као, можда, најзначајније и у суштинском и садржинском погледу, па и свега што одређује облик целог права и дотичних главних делова.“²⁰⁾

У круг правника који сматрају да је могућа деоба нашег правног система на јавно и приватно право може се уврстити и мр Иван Паћен.²¹⁾

¹⁸⁾ В. наведену дискусију објављену у наведеној публикацији стр. 152.

¹⁹⁾ В. његову дискусију, објављену у публикацији „О систему права СФРЈ”, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у самоуправном социјалистичком друштву” — децембар 1978, Савремена администрација, Београд, 1979., стр. 137—151.

²⁰⁾ В. наведену дискусију, објављену у наведеној публикацији, стр. 150.

²¹⁾ В. његову дискусију, објављену у публикацији „О систему права СФРЈ”, Реферати и дискусија у оквиру интердисциплинарног пројекта „Држава и право у самоуправном социјалистичком друштву” — децембар 1978, Институт за упоредно право, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 127.

И ми такође припадамо реду правника који су већ узели становиште да се наш правни систем може делити на јавно и приватно право и то како пре тако и после промена до којих је дошло у нашем друштву почев од 1974.²²⁾

4. Ако се баци поглед на период пре уставних и других промена у нашој земљи, до којих је дошло почев од 1974. па до данас, може се видети да је у том времену у нашој правној теорији такође постојала подвојеност на противнике и присталице у погледу могућности деобе нашег тадашњег правног система на јавно и приватно право.

Правна теорија наше земље је, нарочито у првим годинама по ослобођењу, била под снажним утицајем совјетске правне науке, а то се одражавало и на схватање о могућности деобе нашег права на јавно и приватно право. Поједини правни писци су, уколико су и прихватили деобу нашег правног система на јавно и приватно право, указивали на њу као на реликт буржоаског друштва и приватне својине, истичући углавном исте аргументе које је већ била формулисала совјетска правна наука.²³⁾ Становиште да је деоба права на јавно и приватно право условљена постојањем приватне својине и да, према томе, представља реликт прошлости, заступано је од стране појединих наших правника све до 1962. године²⁴⁾, а, као што смо видели, поново се појављује и у најновије време. Уколико је, с једне стране, у југословенском социјалистичком друштву приватна својина више подрштљавана, а с друге, јачало увођење административно-планског начина привређивања, уколико је у југословенској правној теорији преовлађивало схватање да је југословенско право јединствено и да се не може делити на јавно и приватно право. Истичући јединство југословенског права и одбацујући његову деобу на јавно и приватно право, југословенска правна теорија је, као и совјетска, истицала потребу деобе правног система на гране права према предмету регулисања, у смислу одређене врсте друштвених односа, као основном критеријуму. Прихватајући и бранећи концепцију о јединствености југословенског правног система у смислу немогућности деобе на јавно и приватно право, југословенска теори-

²²⁾ В. податке о томе у оквиру излагања под тач. 4 овог рада, примедба 29) и 30).

²³⁾ В. Р. Лукић, Енциклопедија права, белешке по предавањима... одржаним у школској 1945/46., изд. Одбора за објављивање предавања на Правном факултету у Београду, 1946, стр. 102—104.

²⁴⁾ В. М. Бартош, Увод у право, стенографске белешке са предавања на Новинарској и дипломатској високој школи, штампано као скрипта, Београд, 1950, стр. 317—336; М. Стулар, Грађанско право, општи део, Савремена администрација, Београд, 1962, стр. 29.

ја је углавном била прихватила и совјетску концепцију о правној природи нашег социјалистичког права у смислу да оно није ни полуприватно, ни полујавно, ни само јавно, него је јединствен систем социјалистичког права²⁵; та иста теза понавља се и у најновије време, о чему је већ било речи.

Али, већ почев од 1950., у нас се појављују и схватања која прекорачују границе совјетске правне теорије у много чему, па и у вези с деобом правног система на јавно и приватно право. Тако, А. Гамс и Р. Леградић заузимају становиште да грађанско односно приватно и јавно право постоје у друштву у коме постоји робно-новчана привреда и у мери у којој та привреда постоји. Према томе, ове две области права постоје и у социјалистичком друштву, уколико постоји робно-новчана привреда.²⁶) Ову тезу су они нешто више развили у својим каснијим делима.²⁷) Штавише, Р. Леградић²⁸) је, за разлику од других који су у то време робно-новчану привреду у социјалистичком друштву сматрали реликтом прошлости, још 1950. у основи тврдио да у социјалистичком друштву робно-новчана привреда не само постоји него се проширује чак и кад је ликвидирана приватна својина на средствима за производњу и претворена у друштвену својину, дакле, пре него што су наша економска пракса и наша економска теорија почели, почев од

²⁵) В. Ј. Ђорђевић, Прилог питању система социјалистичког права ФНРЈ, реферат на Трећој интерфакултетској конференцији правних факултета, Београд, 1950, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1, 1950, стр. 20—24; Материјал пленума Треће интерфакултетске конференције правних факултета, Систем социјалистичког права ФНРЈ, дискусија: Р. Лукића, стр. 111—115, Б. Благојевића, стр. 117—118; Бајића, стр. 119—120, завршна реч референта Ј. Ђорђевића, стр. 120—122; Р. Лукић, Материјал за изучавање теорије државе и права, II део: теорија права, Научна књига, Београд, 1952, стр. 173; Теорија државе и права, II, теорија права, Научна књига, Београд, 1954, стр. 258; В. Спаић, Увод у грађанско право, Свјетлост, Сарајево, 1950, стр. 12—13; Основи грађанског права, Општи део, изд. Веселин Маслеша, Сарајево, 1957, стр. 58; Ј. Штемгихар, Цивилно право, I, „Оснутак оплошног дела”, Јубуљана, 1951, стр. 3—5.

²⁶) В. А. Гамс и Р. Леградић, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1, 1950, Дискусија о систему социјалистичког права ФНРЈ, стр. 115—118.

²⁷) В. А. Гамс, Увод у грађанско право, општи део, Научна књига, Београд, 1952, стр. 92—93; наведено дело, друго издање, Београд, 1956, стр. 98—99; наведено дело, треће издање, Београд, 1959, стр. 68—69; наведено дело, пето издање, Београд, 1963, стр. 39—40; наведено дело, Београд, 1977, стр. 42—43; Р. Леградић, Теорија стварног права и стварно право ФНРЈ, Скопје, 1957, стр. 70—71.

²⁸) В. Архив за правне и друштвене науке, бр. 1, 1950, Дискусија о систему социјалистичког права ФНРЈ, стр. 115.

1951., да заузимају становиште да је робно-новчано привређивање спојиво са социјалистичким друштвеним системом.

Ми смо се такође бавили питањем могућности деобе правног система у социјалистичком друштву, укључујући и наше, на јавно и приватно право, и то исцрпније него други аутори, у два маха: први пут у раздобљу пре уставних и других промена до којих је дошло почев од 1974.,²⁹⁾ други пут, као што је већ речено, после тих промена.³⁰⁾ Извели смо закључак да се правни систем социјалистичког друштва, па, разуме се, и нашег, може делити на јавно и приватно право зависно од обима постојања робно-новчане привреде у друштву. У Совјетском Савезу, почев од тридесетих година, робно-новчана привреда је све више пригушивана централизованом планско-административном привредом, а преко ње је све више био административно релугисан и друштвени живот у целини, тако да не постоји реална друштвена основа за деобу права на јавно и приватно право. С друге стране, у нашем друштву је, после краткотрајног настајања увођења централизоване планско-административне привреде, робно-новчана привреда постала владајући начин привређивања. У исто време настала су и многа друга обележја нашег друштва, као што су: демократизација живота, самоуправљање, диспозитивност норми у бројним областима живота, релативно широка могућност слободног понашања субјеката (и физичких и правних лица) и друге, тако да постоји стварна друштвена основа за деобу нашег права на јавно и приватно право.

У најновије време се, као што смо видели, у нас поново, од стране појединих аутора, оспорава могућност деобе нашег права на јавно и приватно право. Притом се наводе скоро исти аргументи који су се наводили пре двадесет и тридесет година, а који се и данас наводе у совјетској правној теорији.³¹⁾ Њима се још додаје постојање друштвене својине, самоуправљања, самоуправног аутономног права, делегатског система и других реалитета у нашем друштву, који, сматра се — изрично или прећутно, условљавају другу систематику нашег права уместо, како се каже, превазиђене деобе на јавно и приватно право.

²⁹⁾ В. рад „Јавно и приватно право у социјализму”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4, 1967, стр. 465 — 485.

³⁰⁾ В. рад „Приватно право”, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том други, *Новинско-издавачка установа Службени лист СФРЈ*, Београд, 1978, стр. 1194 — 1206.

³¹⁾ В., на пример, *Теорија државе и права*, на руском, редакција А. И. Денисова, издање Московског универзитета, 1972, стр. 418; *Теорија државе и права*, на руском, редакција А. И. Денисова, Москва, 1980, стр. 271 — 280.

Због ових нових разлога потребно је поново размотрити питање деобе нашег права на јавно и приватно право, али се притом треба још једанпут осврнути и на старе аргументе.

5. Приликом разматрања питања деобе правног система на јавно и приватно право, као и приликом разматрања било које друге његове систематике, не треба се првенствено руководити идеолошким, политичким, визионарским и другим моментима, него треба имати, у првом реду, у виду право као реалност и друштвену стварност на којој оно почива. Правна теорија треба у што већој мери да се уздржава од бојења појединих правних питања идеолошким бојама. Она треба да посматра правни систем као реалност, да из њега извлачи принципе који га стварно карактеришу, да норме из којих се састоји разврстава према критеријумима на основу којих се у датом моменту могу разврставати, да га критички разматра у односу на друштвену праксу на којој почива и којој треба да служи и т. сл. Ова напомена је потребна због тога што је у Совјетском Савезу дат сувише јак идеолошки нагласак разматрању питања правног система уопште и, посебно, његовој деоби на јавно и приватно право, па су поједини писци, који су заступали тезу да је могућа деоба совјетског права на јавно и приватно право, доживљавали тешке званичне квалификације.³²⁾ Додуше, такве праксе у нашем друштву није било и нема је, али се и у нашој правној теорији понекад појединим правним питањима придаје већи идеолошки значај него што га имају, понекад се стварност не оцењује, па и не нормира, према томе каква јесте него према томе каква се жели, понекад се поједине изведене појаве проглашавају основним и т. сл. А то се управо у најновије време понекад догађа приликом разматрања нашег правног система.³³⁾ Додуше, овакве појаве и, може се рећи, лутања треба углавном сматрати нормалним, јер није лако свему одмах наћи праву меру и дати праву оцену, поготово када се ради о новим појавама у области права и друштвеном животу, до каквих је у нас стварно дошло почев од 1974.

Деоба или, друкчије речено, систематика права (правног система) као друштвене реалности може се вршити на разне начине, зависно од критеријума који се узме, односно који је

³²⁾ В. А. Вишински, Стање на правном фронту, Совјетска држава, 3—4, 1937, на руском, стр. 29—51.

³³⁾ В. о томе рад др Милијана Поповића, „Нормативно и стварно у правном систему СФРЈ” и дискусију др Миливоја Тркље „Противуречности између стратешких опредељења и етапних конкретизација и проблем деататизације одлучивања”, Зборник радова посвећен југословенском правном систему и правној науци, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, стр. 95—108 и 250—254.

могуће узети у датом моменту за основ класификације. Најчешће се као критеријум узима област живота коју одређен део правног система регулише, па се према том критеријуму правни систем дели на гране права, на пример, на уставно, грађанско, радно, породично, привредно, кривично, управно, ауторско и друге гране права. Али, као критеријум се може узети и нека друга чињеница, на пример одређен друштвени однос, рецимо однос својине или уговорни однос, па се према том критеријуму правни систем може делити на правне институће. Додуше, овај критеријум се обично не узима за деобу правног система него за деобу појединих грана права, али би се он могао узети и за деобу правног система. Као критеријум за деобу правног система могу се узети и метод правног регулисања друштвених односа, затим врста субјекта који ствара правне норме, интерес који штите правне норме и други и на основу њих може се вршити подела правног система на мање целине. Совјетска правна теорија, а и део наше правне теорије, сматрају да је правилна само деоба правног система према врсти (области) друштвених односа које правне норме регулишу или, другим речима, само према предмету регулисања, при чему се као допунски критеријум за разграничавање појединих грана права може узети и метод регулисања. Док друге критеријуме одбацују као неподобне, чак штетне! Поставља се питање у чему се састоји неподобност, односно штетност тих других критеријума, ако из правне и друштвене реалности произилази могућност класификације правног система и на основу њих. Посебно, у чему се састоји неподобност, односно штетност деобе права на јавно и приватно право на основу било ког критеријума, ако могућност такве деобе произилази из правне и друштвене стварности. Ми сматрамо да свака деоба правног система, па и деоба на јавно и приватно право, може бити у извесном смислу корисна, јер омогућава да се боље сагледа унутрашња структура права, противуречности које евентуално постоје у праву (у правном систему), правац у коме треба усмерити деловање друштвених снага у области права и др. Јер, не треба заборавити основну ствар у вези с класификацијом права: свака класификација, па и класификација на јавно и приватно право, представља унутрашњу систематику права (правног система), представља посматрање права са становишта критеријума који је узет за основ класификације; тиме се ниуколико не дира у право као реалност, него се оно само теоријски проучава и процењује, из чега се евентуално може извући и практична корист. Али, познато је, не мисле сви тако. Појединим деобама правног система, а посебно деоби на јавно и приватно право, поједини правни писци не само да нису наклоњени него у њима

виде штету по друштво! Они се сувише мало питају да ли правна и друштвена стварност омогућавају дотичну класификацију правног система, него класификацију која им се не допада унапред одбацују и анатемису као неприхватљиву. Такав је управо случај са поделом права на јавно и приватно право.

6. Да би наши аргументи о могућности деобе нашег правног система на јавно и приватно право били убедљивији, потребно је осврнути се на тврдње противника ове деобе. А те тврдње су следеће:

1) Лењинов став, по коме у социјалистичком друштву у области привреде није ништа приватно него је све јавноправно, говори против деобе социјалистичког права на јавно и приватно право.

Овај аргумент против деобе права на јавно и приватно у социјалистичком друштву употребљавају и совјетски и наши аутори. Наиме, они се, у вези с њим, позивају на писмо Лењина Курскоме, народном комесару за правосуђе, 1922., у коме се каже:

„Ми не признајемо ништа приватно, за нас је све у области привреде јавноправно, а не приватно. Ми допуштамо само државни капитализам... Стога, проширити државну интервенцију у „приватноправне“ односе, проширити право државе да укида „приватне“ уговоре, примењивати на „грађанскоправне односе“ не *sensus iuris homani*, већ нашу револуционарну свест, показивати систематски, истрајно низом узорних процеса како треба радити паметно и с енергијом.“³⁴⁾

Међутим, Лењин није говорио о деоби правног система социјалистичког друштва, па ни Совјетског Савеза, на јавно и приватно право, као начелном питању, него је говорио о питању које спада у домен текуће политике: о могућности и потреби совјетске државе да се меша у сектор привредног живота у коме су, у то време, учествовала приватна лица. Наиме, у то време се у Совјетском Савезу спроводила Нова економска политика (НЕП), која је представљала одступање од раније прокламованог програма израдње комунистичког друштва. Та политика је, уз постојање државног планског сектора привреде, омогућила робно-новчани начин привређивања и оживљавање приватносопственичке привредне активности. Али у исто време су се совјетска држава, партија и друге социјалистичке снаге спремале да, пошто се консолидују и оснаже, изврше нове продоре

³⁴⁾ В. Лењин, Соч. т. XXIX, писма 1911—1922, Москва, на руском, стр. 419.

у приватносопственичку сферу.³⁵⁾ У том контексту треба схватити и Лењиново писмо Курскоме. У њему Лењин инструкује Курскога да совјетска држава као носилац власти може да интервенише у све врсте односа, укључујући и грађанско (приватно) правне односе, кад је то потребно у интересу радних маса и социјалистичког поретка. Поред тога, не треба заборавити да су у време НЕП-а извесни елементи настојали да до максимума искористе несрећену привредну ситуацију и релативну nestaшицу добара, па су предузимали послове који су погађали широке масе (на пример, бавили су се шпекулацијом, зеленашењем и др.). Најзад, ако се има у виду тадањи програм партије и совјетске власти да у догледно време ликвидирају приватну својину на средствима за производњу и претворе је у државну друштвену својину, онда се јасније и правилније могу схватити Лењинова схватања и директиве у погледу продирања државе и јавног права у приватну област привредног живота, Али, ако је Лењин сугерирао Курскоме мешање државе у област привредног живота којим су се бавила приватна лица, то још не значи да је Лењин сматрао да се у то време, и уопште, совјетско право није могло или не може делити на јавно и приватно право. Напротив, из писма произилази само закључак да је Лењин сматрао да совјетска држава може и да треба, кад је то потребно, да се меша у област привредног живота у којој су деловала приватна лица или, друкчије речено, лица ван државног планског сектора привреде. Само пак мешање државе у привредни живот може бити разноврсно. У писму које је писао Курскоме 1922., Лењин, под мешањем државе, подразумева ингеренцију судских органа у смислу „укидања 'приватних' уговора“, тачније — у смислу поништавања уговора, како би се рекло језиком правника, и показивања „систематски, истрајно низом узорних процеса како треба радити паметно и с енергијом“. О другим врстама интервенције државе, на пример о управноправној, у писму се не говори. Што се тиче могућности деобе совјетског права на јавно и приватно право, совјетска правна наука је у то време, па и до тридесетих година, углавном прихватала ту деобу, сматрајући је последицом постојања, с једне стране, приватне својине, а с друге, робно-новчане привреде; када нестане ових узрока, нестаће и деобе права на јавно и приватно право, сматрали су у то време поједини правни писци.

Према томе, Лењинов став о могућности и потреби мешања државе у односе у које ступају приватна лица не треба уз-

³⁵⁾ В. Политички извештај Централног комитета РКП б на XI конгресу РКП б, 27. 3. 1922., В. И. Лењин, Изабрана дела, Београд, 1960, стр. 473 — 513.

мати као доказ да је он сматрао да социјалистичко право не може да се дели на јавно и приватно, јер се Лењин тим питањем уопште није бавио.

2) Подела права на јавно и приватно право је својствена само друштву које почива на приватној својини на средствима за производњу.

Ова тврдња се поткрепљује следећим Марковим цитатом: „Приватно право се развија у исто време са приватном својином из распадања природно пониклог устројства заједнице. У Римљана развитак приватне својине и приватног права остаде без даљих индустријских и трговачких последица, зато што целокупан њихов начин производње остаде исти. За модерне народе, у којих је феудално устројство разорено индустријом и трговином, почињала је са настанком приватне својине и приватног права, једна нова фаза, која се показала способном за даљи рацвој. Први пак град који је развио широку поморску трговину, Амалфи, изградио је поморско право. Чим су индустрија и трговина, пре свега у Италији а затим и у другим земљама, даље развиле приватну својину, одмах је већ формулисано римско приватно право поново усвојено и добило силу ауторитета. Кад је касније буржоазија себи прибавила тако много моћи да су владари узимали на себе интересе буржоазије, да би помоћу ње оборили феудално племство, поче у свим земљама — у Француској у 16. в. — стварни развитак права, који је у свим земљама, осим Енглеске, полазио од римског кодекса као основе. Али у Енглеској ради даљег развитка приватног права (посебно што се тиче покретне својине) мораху се усвојити римске правне основе.“³⁶⁾

Пошто социјалистичко друштво почива на друштвеној а не на приватној својини на средствима за производњу, то је, с настанком, односно, у нашим условима, с потискивањем приватне својине на споредан полосек, нестало основне претпоставке за деобу социјалистичког права на јавно и приватно право, кажу противници ове деобе.

Сматрамо да није основано позивати се на Марково мишљење о приватном праву као на један од основних аргумената за одбацивање деобе нашег данашњег права на јавно и приватно право, поготово ако се не даје адекватна интерпретација његовог става и не сагледају историјски оквири у вези с којима је став изнет.

³⁶⁾ В. К. Маркс — Ф. Енгелс, Немачка идеологија, I књ., Култура, Београд, 1964, стр. 67. — 68.

Прво, Марксов став о вези између приватне својине и приватног права односи се на период од распадања првобитне заједнице па до времена у коме је он живео. А у том периоду ниједно друштво није почивало на колективној (друштвеној) својини, него на приватној својини. Маркс се није, колико нам је познато, изјашњавао о деоби права на јавно и приватно у социјалистичком друштву, нити је говорио о друштвено-економским условима који би се морали стећи у том друштву, да би се његов правни систем могао делити на ове две области права. Према томе, не може Марксов став, који се односи на прошлост, бити главни аргумент за разматрање садашњости, поготово када је садашњост у много чему битно нова у односу на прошлост.

Друго, у периоду који је Маркс имао у виду разматрајући појаву и развој приватног права и у коме је владајући облик својине била приватна својина, смењивала су се оба начина привређивања: и робно-новчани и натурални. У условима натуралне привреде као владајуће, као што је био случај у феудалном друштву, није постојала подела права на јавно и приватно право, иако је то друштво почевало на приватној својини. Насупрот томе, у робовласничком друштву се право, као што знамо, делило на јавно и приватно, и то у време када су постојали и приватна својина и робно-новчана привреда. Према томе, свака приватна својина не условљава поделу права на јавно и приватно, него само посебна врста приватне својине, и то она која постоји у условима робно-новчане привреде. То јасно прозилази и из наведеног Марксовог става, ако се уме и жели да чита како треба. Не каже Маркс узалуд: „Приватно право се развија у исто време са приватном својином из распадања природно пониклог устројства заједнице“, мислећи притом на првобитну заједницу која је почивала на натуралном типу привреде и почела се распадати са појавом и развојем робно-новчаног начина привређивања; затим, узимајући за пример римско друштво (Римљане), Маркс, формулацијом „развијат так приватне својине и приватног права остаде без даљих индустријских и трговачких последица, зато што целокупан њихов начин производње остаде исти“, каже да је робовласнички начин производње у извесном смислу укочио развој робно-новчане привреде; и, најзад, да је „феудално устројство разорено индустријом и трговином“ (дакле, робно-новчаном привредом — Ж. Б.), па је „са настанком приватне својине и приватног права“ почињала „једна нова фаза, која се показала способном за даљи развој“, имајући очигледно у виду појаву буржоаске приватне својине. Да је тако, то потврђује даљи ток Марксовог излагања, а нарочито речи: „Чим су индустрија и трговина, пре свега у

Италији а затим и у другим земљама, даље развиле приватну својину, одмах је већ формулисано римско приватно право поново усвојено и добило силу ауторитета. Кад је касније буржоазија себи прибавила тако много моћи да су владари узимали на себе интересе буржоазије, да би помоћу ње оборили феудално племство, поче у свим земљама — у Француској у 16. в. — стварни развитак права, који је у свим земљама, осим Енглеске, полазио од римског кодекса као основе. Али и у Енглеској ради даљег развитка приватног права (посебно што се тиче покретне својине) мораху се усвојити римске правне основе.“ Приписивање Марксу да је постојање приватног права везивао за постојање приватне својине уопште, представља нетачну интерпретацију његовог става и противуречи историјским чињеницама, јер у периодима у којима су постојали приватна својина и натурална привреда, право се није делило на јавно и приватно. На основу изложеног може се закључити да је Маркс везивао постојање приватног права колико за постојање приватне својине толико и за постојање робно-новчане привреде или, тачније речено, само за приватну својину која постоји у условима робно-новчане привреде.

Треће, Маркс се у својим делима није исцрпио бавио деобом права на јавно и приватно, него узгредно, уз обраду других питања као основних, па и то треба имати у виду приликом употребе његових ставова.

Најзад, ниједан Марксов став ма о чему, па и о деоби права на јавно и приватно право, или ма чији, не може бити догма у коју се не сме сумњати, ако из животних околности произилазе други закључци. А они управо произилазе кад је реч о могућности деобе нашег права на јавно и приватно право. Наиме, у нашем друштву постоји робно-новчана привреда као владајући облик привређивања, и то не у условима постојања приватне својине као владајуће него у условима постојања друштвене својине као основног својинског облика, а постоје и области права које чини тзв. јавно и приватно право, па се с правом може говорити о деоби нашег правног система на ове две области права. Тиме се ниуколико не демантује Маркс, јер он о овој деоби није говорио имајући у виду социјалистичко друштво, поготово социјалистичко друштво у коме доминирају робно-новчана привреда и колективна (друштвена) својина.

На основу изложеног може се рећи да деоба права на јавно и приватно право није искључиво везана за приватну својину уопште, нити за колективну својину уопште, него за приватну и колективну својину које, као облици својине, постоје у условима робно-новчане привреде као владајућег начина привређивања. Из реченог такође произилази да за деобу права на

јавно и приватно није основни услов облик својине, него облик привреде, и то робно-новчани облик привреде. Јер, и у услови-ма приватне својине и у условима полективне (друштвене) својине могућа су оба начина привређивања: и натурални (прво-битна заједница, феудално друштво, социјалистичко етатистич-ко друштво) и робно-новчани (робовласничко друштво, буржо-аско друштво, социјалистичко самоуправно друштво), али у свима њима није могућа деоба права на јавно и приватно, него је могућа само у условима робно-новчане привреде, па било да постоји приватна било колективна (друштвена) својина као ос-новни облик својине. Овај закључак је потврдио зелокупан до-садашњи развој друштва.

3) Робна производња и приватно право су условљени при-ватном својином, те се као услов за деобу права на јавно и приватно право не појављује робна производња него приватна својина.

Ова тврдња је настала у нашој правној теорији и пред-ставља варијанту претходно размотрене тврдње, и то њену ло-шију варијанту.³⁷⁾ Лошију због тога што се, по њој, као после-дица постојања приватне својине не појављује само постојање приватног и јавног права, него и постојање робно-новчане при-вреде, мада аутор, живећи у данашњим условима, признаје постојање социјалистичке робне производње. Међутим, то при-знање не може бити оправдање за олако изречену тврдњу да је постојање робне производње условљено постојањем приватне својине. Јер, историја људског друштва је показала да робна производња, односно, тачније, робно-новчана привреда, постоји и у друштву са приватном и у друштву са колективном (дру-штвеном) својином као владајућим облицима својине и обрну-то: да не постоји у друштву у коме постоји приватна или ко-лективна (друштвена) својина као основни облик својине. Дак-ле, историја људског друштва је показала да робно-новчана привреда постоји само у друштвима која имају одређен облик приватне или колективне својине или, друкчије речено, да само одређени облици приватне или колективне својине посто-је у условима постојања робно-новчане привреде као владају-ћег облика привређивања. Најзад, историја људског друштва је, као што смо видели, показала и то да се право може делити на јавно и приватно само у условима постојања робно-новчане привреде без обзира на облик својине. Ако је то тако, онда је

³⁷⁾ В. др Будимир Кошутих, рад наведен под примедбом 10), стр. 61 — 62.

за разматрање питања деобе права на јавно и приватно право ирелевантна расправа о томе да ли је робно-новчана привреда узрок или последица одређеног облика својине и обрнуто: да ли је одређен облик својине узрок или последица робно-новчаног начина привређивања, или се пак робно-новчана привреда и одређен облик својине који њој одговара развијају истовремено и паралелно.

4) Постоји разлика између буржоаске и социјалистичке робне производње, па и са тог разлога не треба деобу права коју би омогућило постојање социјалистичке робне производње подводити под стару формулу о јавном и приватном праву.

И овај аргумент о неподобности деобе социјалистичког права на јавно и приватно се појавило у нашој правној теорији.³⁸⁾ У вези с њим се уочавају две ствари: прво, да постоји разлика између буржоаске и социјалистичке робне производње и, друго, да не треба делити право на јавно и приватно чак и када би таква деоба била могућа и то, с једне стране, због наведене разлике у погледу робне производње, а с друге стране, због тога што деобу социјалистичког права не треба подводити под застарелу формулу о јавном и приватном праву.

Што се тиче разлике између буржоаске и социјалистичке робне производње, међу њима несумњиво постоји у много чему разлика, али таква разлика постоји и између сваке од њих и робне производње у робовласничком друштву. Те разлике су, и то не само у погледу робне производње него у погледу робне (робно-новчане) привреде као целине, и бројне и разноврсне. Оне се огледају у различитости носилаца (субјеката) те привреде, у различитости обима те привреде, у различитости средстава за производњу, у различитости роба које су се производиле и које се производе, у различитости правног и друштвеног положаја непосредних произвођача и, најзад, у различитости друштвених оквира уопште у којима се та привреда одвијала или одвија. Али, и поред свих разлика, постојала је и постоји основна заједничка црта робне производње, односно робно-новчане привреде у свим епохама: робни произвођач (носилац робне привреде) не производи робу за задовољавање својих потреба него за тржиште, за задовољавање потреба других лица, мења је за другу робу или за новац и помоћу новца прибавља од других робних произвођача робе које су му потребне за задовољење својих потреба. Ова заједничка основна карактеристика роб-

³⁸⁾ В. др Будимир Кошутић, рад наведен под примедбом 10), стр. 61 — 62.

не производње и робне привреде уопште омогућава да се у области права такође појави одређена заједничка карактеристика и да се право, на основу те заједничке карактеристике, посматра у свакој од епоха са становишта поделе на јавно и приватно право, занемарујући за тренутак разлике које иначе постоје у појединим епохама, и у вези с робном привредом и у вези с правом. С друге стране, деоба права на јавно и приватно није везана само за буржоаско и социјалистичко право, него и за робовласничко право; шта више, ова подела се први пут и појавила у робовласничком друштву и у везу с робовласничким правом. Према томе, ако не би требало вршити деобу права на јавно и приватно због разлика које постоје између робне производње у буржоаском и робне производње у социјалистичком друштву, онда због истог разлога не би ту деобу требало вршити ни у вези с робовласничким правом. Међутим, и поред свих разлика које постоје између робне производње у појединим епохама, вршена је, врши се и треба да се врши деоба права на јавно и приватно због основне опште карактеристике коју има робна привреда и на њој изграђено право у свим епохама. А та основна карактеристика огледа се: у јасном разликовању и виђењу друштвених и појединачних економских и правних интереса, у аутономији воље субјеката у економском и друштвеном животу, у релативно широкој примени слободе уговарања, у релативно великом обиму правних норми диспозитивног карактера, у релативно демократској атмосфери у друштву. Али, делећи право на јавно и приватно, морамо знати и не смем заборавити да постоје суштинске разлике између јавног и приватног права у свакој од епоха у којима се та деоба врши, и то како у погледу субјеката правних односа, обима јавног и приватног права у свакој епохи понаособ, тако и у погледу друштвене и материјалне садржине правних односа и друштвено-економских услова уопште у којима је друштво живело или живи. Према томе, деоба права на јавно и приватно право не значи изједначавање те деобе у сваком друштву, у коме је могућа, по садржини, по обиму, по дејству, по последицама, по значају и т. с., него, напротив, претпоставља уочавање свих разлика које у вези с том деобом постоје у појединим друштвима. Заједнички је само назив класификације и основна карактеристика, а све друго је различито.

Што се тиче друге ствари, наиме, да не треба социјалистичко право, чак и када би била могућа његова деоба на јавно и приватно, подводити под застарелу формулу о јавном и приватном праву, то је аргумент који се у нас употребљава релативно често, а којим хоће да се каже да нову садржину не треба одевати у старо рухо, у стару форму, него треба пронаћи

нове појмове, нову терминологију. У ствари, тај аргумент се у нас често и злоупотребљава, јер они који га употребљавају, по правилу, руше постојеће, а не стварају ништа ново. Као што је познато, у праву су мање-више сви појмови стари, наслеђени, укључујући и појам право као основни појам. Ако би био усвојен наведени аргумент, онда би требало пронаћи у целини нову терминологију, а не само термин за означавање јавног и приватног права. И у науци и у пракси је познато да називи јавно и приватно право нису адекватни, као уосталом и многи други правни термини. Чињени су покушаји да се нађу нови, адекватнији, али се у томе до данас није успело. Нека критичари пронађу нову терминологију, ако могу, али нека због неадекватне терминологије не саветују одбацивање поделе права на јавно и приватно, када је она могућа и у мери у којој је могућа. Док се не пронађе нова терминологија, морамо се служити постојећом, макар била и неадекватна, јер нечим морамо означава-ти појаве уопште, па и у праву.

5) У социјалистичком друштву постоји принцип јединства појединачних и друштвених интереса, па због тога његов правни систем није делив на јавно и приватно право.

Овај аргумент је унет у нашу правну теорију из совјетске теорије. Он се уствари оснива на Стаљиновој поставци о односу између појединачних и друштвених интереса:

„Непомирљивог сукоба између индивидуе и колектива, између интереса поједине личности и интереса колектива, нема, не мора бити. Њега не мора бити, јер колективизам, социјализам не одриче, него сједињава индивидуалне интересе с интересима колектива. Социјализам не може пренебрегавати индивидуалне интересе. Најпуније задовољење личних интереса може дати само социјалистичко друштво. Више од тога — социјалистичко друштво представља једину чврсту гаранцију заштите интереса појединаца. У том смислу нема непомирљивог сукоба између „индивидуализма“ и „социјализма“.³⁹⁾

Пошто, дакле, у социјалистичком друштву, у принципу, нема супротности између појединачних и друштвених интереса, нема, у принципу, ни деобе социјалистичког права на јавно и приватно право; социјалистичко право је јединствено, закључују противници деобе социјалистичког права на јавно и приватно право

³⁹⁾ Наведено према М. С. Строговичу, Принципи система совјетског социјалистичког права Извештаја Академије наука СССР, Одељење економике и права, 2, 1946, на руском, стр. 96 — 97.

Теза о поклапању појединачних и друштвених интереса била је првих година изградње нашег социјалистичког друштва владајућа у нашој идеологији и друштвеној пракси. Треба ли данас поново оживљавати ту тезу која је у очигледном расконару са стварношћу, као што је, усталом, увек и била? У нашим данашњим условима, у условима друштвене својине на средствима за производњу као владајућег облика својине и самоуправљања, постоје разноврсни појединачни интереси и појединачна и организација удруженог рада, и удружења, и друштвено-политичких заједница и других субјеката, чак веома противуречни интереси, који се разрешавају на разне начине, па и принудним средствима. Такво стање не треба сматрати необичним, јер противуречност интереса субјеката који чине друштво постојала је и постоји одувек, у сваком друштву, па и у време када се тврдило и тврди да постоји подударност појединачних и друштвених интереса. Имајући то у виду, задатак теорије и праксе не састоји се у томе да лакирају стварност, него у томе да уочавају разноврсне интересе, и то и појединачне и друштвене, да их усаглашавају и разрешавају на задовољавајући начин.

Теза о постојању јединства социјалистичког права и немогућности његове деобе на јавно и приватно право почива на тврдњи да државна или друштвена својина на средствима за производњу и производња без експлоатације туђег рада и трке за профитом доводе у социјалистичком друштву до уклањања битних супротности између појединачних и друштвених интереса. Протагонисти ове тезе стављају насупрот ње тезу да у буржоаском друштву постоје битни супротни интереси између појединих субјеката и друштва као последица постојања приватне својине на средствима за производњу и трке за профитом на бази експлоатације туђег рада. Због тога постоје и две сфере живота: јавна, у којој је сваки човек, формалноправно али не и стварно, једнак, и приватноправна, у којој власници средства за производњу остварују своје посебне интересе. Као последица тога постоји и деоба буржоаског права на јавно и приватно право. Додуше, они признају да и у социјалистичком друштву постоји мноштво интереса, али су ти интереси последица недовољног и неравномерног развоја производних снага и различитих природних могућности и способности. Пошто, дакле, у социјалистичком друштву нема приватне својине на средствима за производњу и трке за профитом на бази експлоатације туђег рада, нестало је друштвене основе за деобу његовог права на јавно и приватно право или, друкчије речено, у социјалистичком друштву нема битних супротности између појединачних и друштвених интереса, па не може бити ни деобе социјалистич-

ког права на јавно и приватно право; социјалистичко право је јединствено.⁴⁰⁾

Сматрамо да није потребно посебно доказивати да није тачна теза о принципијелном поклањању појединачних и друштвених интереса у социјалистичком друштву. То је сам живот довољно доказао. Разуме се, узроци различитости интереса у социјалистичком друштву су друкчији него у буржоаском или неком другом друштвеном систему. Али и данас у сваком друштву, па и нашем, постоје, са становишта сваког субјекта, две сфере и, према томе, две врсте интереса: једна — његова, лична, посебна, приватна, сопствена и друга — друштвена, јавна. Обе врсте интереса треба да буду задовољене на задовољавајући начин, да би се друштво одржало и даље развијало. Међутим, о свакој врсти интереса не старају се сви субјекти подједнако: једни се налазе у позицији која их подстиче да брину, пре свега, о својим интересима, па чак и на штету друштвених интереса, док се други налазе у позицији представника друштва и, док делују у име друштва, треба више да воде рачуна о друштвеним него о својим интересима.

Али, ако је постојање појединачних и друштвених интереса својствено сваком друштву, у сваком друштву није истоветан начин испољавања тих интереса.

У друштву у коме, у принципу, влада административан начин управљања животом, појединачни интереси су пригушени и потиснути, док су друштвени интереси истакнути и наглашени, у њих су разним средствима утопљени појединачни интереси, тако да привидно изгледа као да нема супротности између појединачних и друштвених интереса, између приватне и јавне сфере живота. У таквом друштву је робно-новчана привреда потиснута на споредан колосек, а владајући облик привреде је природна привреда. Стање појединачних и друштвених интереса у таквом друштву је уствари одраз владајућег облика привреде. У таквим условима није тешко доћи до теорије о јединствености права, јер је право претежно административног и принудног карактера уопште и, према томе, јединствено по својој унутрашњој структури. У таквим условима није, у принципу, ни могућа деоба правног система на јавно и приватно право као једна врста унутрашње систематике. Стање праксе и стање права у Совјетском Савезу почев од тридесетих година доказују ову тврдњу.

С друге стране, у друштву у коме, у принципу, не влада административни начин управљања животом, него постоји од-

⁴⁰⁾ В., на пример, др Будимир Кошутин, дело наведено под приредбом 10).

рећена аутономија субјеката, укључујући и привредну аутономију, појединачни интереси се видљиво испољавају у свим правцима, дакле и позитивни и негативни, а видљиви су и друштвени интереси, па се јасно очитује и супротност између појединачних и друштвених интереса, између приватне и јавне сфере живота. У таквом друштву је робно-новчана привреда владајући облик привреде. Слика појединачних и друштвених интереса у таквом друштву је у ствари одраз робно-новчане привреде. У таквим условима право није претежно административног и принудног карактера уопште, него се састоји скоро у истој мери од принудних и диспозитивних норми, а то значи да није јединствено са становишта унутрашње структуре. Због тога је и могућа његова деоба на јавно и приватно право као једна врста унутрашње поделе. Стање праксе и стање права у нашем друштву у последње време доказују ову тврдњу, а такође и стање праксе и права у буржоаском и римском робовласничком праву у епохи постојања робно-новчане привреде.

Што се тиче трке за профитом на бази експлоатације туђег рада, из чега произилази супротност интереса у буржоаском друштву и што, према критичарима деобе социјалистичког права на јавно и приватно право, чини један од друштвених услова за деобу буржоаског права на јавно и приватно право, ни тај аргумент није одржив, јер стицање добити није својствено само буржоаском друштву. Наиме, профит или, друкчије речено, добит, је облик вишка вредности који капиталиста присваја у условима капиталистичке робно-новчане привреде. Али, присвајање вишка вредности од стране појединих учесника робно-новчане привреде није појава везана само за буржоаско друштво, него је својствена робно-новчаној привреди у сваком друштву. На пример, у условима социјалистичке робно-новчане привреде присвајање вишка вредности такође постоји, али се не назива профитом него дохотком. Према томе, робно-новчана привреда у појединим епохама се у суштини не разликује по присвајању вишка вредности од стране носилаца те привреде. Оно по чему се разликује, то је положај непосредних произвођача у процесу производње: у робно-новчаној привреди у условима робовласничког друштва непосредни произвођач је имао положај роба, у робно-новчаној привреди у условима буржоаског друштва имао је и има положај најамног радника, а у робно-новчаној привреди у условима социјалистичког самоуправног друштва има положај удруженог радника без надрећености ма кога и подрећености ма коме. Трка за профитом, или за дохотком или за другим обликом присвајања вишка вредности испољава индивидуалност и мноштво интереса носилаца робно-новчане привреде, те се може рећи да су ти интереси и узрок

и последица те трке. Утолико су критичари деобе права на јавно и приватно право у праву. Али, они нису у праву уколико ту трку везују само за буржоаско друштво, јер је она присутна у сваком друштву у коме постоји робно-новчана привреда и у мери у којој постоји. А мера није иста у свим епохама у којима је постојала робно-новчана привреда. У исто време трка за присвајањем вишка вредности у условима постојања робно-новчане привреде представља моторну снагу за развој друштва. Та трка и на бази ње испољени појединачни и друштвени интереси утичу на могућност деобе права на јавно и приватно право, али не само у буржоаском друштву, као што кажу критичари деобе социјалистичког права на јавно и приватно, него у сваком друштву у коме постоји робно-новчана привреда као владајући облик привреде.

На основу реченог произилази да је могућност деобе права на јавно и приватно право последица постојања робно-новчане привреде и интереса испољених и правно регулисаних у друштву у коме постоји та привреда, а не последица приватне својине и трке за профитом на бази експлоатације туђег рада и на тој основи испољених интереса. Јер, кад би било тако, онда би деоба права на јавно и приватно право постојала само у буржоаском друштву. Међутим, она је постојала и у римском робовласничком друштву, а могућа је и у нашем социјалистичком самоуправном друштву.

б) Критеријуми за деобу права на јавно и приватно право су бројни и непоуздани, на основу њих се не може повући јасна граница између тих области права, па због тога ту деобу треба напустити.

Овај аргуменат против поделе права на јавно и приватно право истакнут је одавно, и то углавном од оних правника који су настојали да повуку јасну границу између јавног и приватног права. А када то нису могли да учине, почели су ту деобу порицати.

У настојању да изврши деобу права на јавно и приватно право, правна наука је тражила и проналазила разне критеријуме. Према подацима којима смо располагали: употребљено је око седамнаест критеријума за деобу права на јавно и приватно право, а из рада мр Владимира Водинелића сазнајемо да их има много више.⁴¹⁾

⁴¹⁾ В. мр Владимир Водинелић. Разликовање јавног и приватног права, рад објављен у овом броју „Анала Правног Факултета у Београду”.

Деоба права на јавно и приватно право најчешће је вршена на основу интереса које право штити. На основу овог критеријума римски правник Улпијан је први извршио деобу права на јавно и приватно право. По овом критеријуму, јавно право чине правне норме које штите опште, друштвене или, друкчије речено, државне интересе као превлађујуће, а приватно право чине правне норме које штите првенствено интересе појединих субјеката.

Као критеријум за деобу права на јавно и приватно право често је употребљаван и карактер правних норми које чине једну или другу област права. По овом критеријуму, јавно право чине императивне норме, а приватно право диспозитивне норме.

Известан број правника узео је као критеријум поделе права на јавно и приватно право врсту субјеката права чији положај регулишу правне норме и врсту делатности којом се субјекат бави. По овом критеријуму, јавно право чине правне норме које регулишу положај правних лица која врше јавну службу, дакле, послове од јавног интереса, а приватно право чине правне норме које регулишу положај грађана и других субјеката права који не спадају у домен управног права нити врше јавну службу, као што су, на пример, грађани и правна лица и субјекти трговачког (привредног) права.

Често употребљаван критеријум за деобу права на јавно и приватно право је критеријум подчињавања власти. По њему, јавно право чине правне норме којима се конституише и врши власт, па се јавно право назива право подчињавања, а приватно право чине правне норме које регулишу друштвене односе у којима не долази до изражаја вршење власти и подчињавање других субјеката.

Наведени и други критеријуми који су до сада употребљени за деобу права на јавно и приватно право показали су се неподобни за јасно разграничење ове две области права. Али, зар због тога треба одбацити ову деобу правног система, када је она у основи могућа. Зар противници деобе права на јавно и приватно право и поборници његове деобе само на гране права не виде да правни систем није могуће јасно поделити ни према предмету регулисања у смислу врста друштвених односа које поједине гране права регулишу. Наиме, поједине гране права се узајамно преплићу, а међу некима се не може повући разлика само на основу друштвених односа које регулишу, него се узима метод регулисања друштвених односа као помоћни критеријум, па се тек на основу њега те гране права разграничавају (такав је случај, на пример, са грађанским и финансијским правом, јер обе гране права регулишу имовинске односе).

Међутим, за вршење ма које деобе правног система, па и деобе на јавно и приватно право, нису неопходни чврсти критеријуми нити је неопходно потпуно јасно установљавање граница између појединих делова правног система, и то не само зато што то није могуће, него и зато што то није нужно. Довољна је оријентациона подела. А она се може постићи на основу сваког критеријума и свих њих заједно. Јер, сваки од њих и сви заједно произилазе из друштвеног стања које је условљено робно-новчаном привредом и доказују да је у таквим условима могућа деоба права на јавно и приватно право.

7) Деобра права на јавно и приватно право угрожава јединство социјалистичког права, па због тога ту деобу треба одбацити.

Овај аргуменат истакнут је и у совјетској и у нашој правној науци. Он је, може се одмах рећи, и нетачан и недоследно примењен од стране оних који се њиме служе. Наиме, ако је деоба права на јавно и приватно право унутрашња систематика правног система, онда се она ни у чему, сем у критеријуму, не разликује од ма које друге унутрашње систематике права. Ако она угрожава јединство социјалистичког права, онда јединство у истој мери угрожавају и друге систематике, па и деоба на гране права. Међутим, ни деоба права на јавно и приватно право, нити ма која друга унутрашња систематика права не угрожавају јединство права у било ком друштву, па ни права у социјалистичком друштву. Право је било и остало вољно и свесно уобличен израз стања и односа између појединих друштвених групација у датом тренутку или, упрошћеније речено, израз воље друштвених снага које оличавају друштво. Као такво, оно је увек јединствено, ма каква се у вези с њим систематика правила.

Деоба права на јавно и приватно право може, као и било која друга деоба права, бити од користи, јер она, на пример, омогућава сагледавање карактеристика појединих делова правног система, боље сналажење при примени права, учачавање принципа који су у њему дошли до изражаја, запажање празнина и противуречности које у њему постоје, да би биле попуњене и отклоњене. А све то доприноси унутрашњој кохезији и унутрашњем јединству права, па и његовом јединству као спољном изразу.

Као што се види, приговор да деоба права на јавно и приватно право угрожава јединство социјалистичког права треба, са наведених разлога, одбацити.

7. Поставља се питање на чему се, сем постојања робно-новчане привреде, још заснива тврдња да се наш правни систем може делити на јавно и приватно право, јер постојање робно-новчане привреде само по себи није довољан аргумент. Ова тврдња се заснива на постојању грана права које, по природи правних норми из којих се састоје, по врсти интереса и односа које регулишу, по областима живота које обухватају и по методу регулисања друштвених односа, могу да се сврстају у приватно право; насупрот њима стоје гране права које се могу уврстити у јавно право. Наиме, у нашем друштву као гране права које се могу убројати у приватно право постоје: грађанско право (стварно, облигационо и наследно право), породично право, привредно право, ауторско право, право индустријске својине (проналазачко право, право о узорцима и моделима, право о жиговима, право о ознакама порекла производа и право о сузбијању нелојалне утакмице) и међународно приватно право. С друге стране, постоје гране права које се могу уврстити у јавно право, као: уставно право, управно право, кривично право, кривично процесно право, управно процесно право, грађанско процесно право, финансијско право и друге. У погледу извесних грана и делова права тешко је рећи да ли спадају у јавно или у приватно право. Такав је, на пример, случај са радним и самоуправним аутономним правом, јер ови делови правног система имају одлике и јавног и приватног права. Али, деоба права на јавно и приватно право не састоји се у сврставању појединих грана права у ове две области, него се састоји у деоби правних норми на ове две правне области. А то значи да овој деоби не смета то што извесне гране или делови правног система имају одлике и јавног и приватног права.

Наведене гране и делови нашег правног система имају све одлике за сврставање у оквир јавног и приватног права. Томе не може да смета чињеница што ова деоба правног система представља једну од најстаријих деоба. Јер, таква деоба не представља подвођење нове правне садржине под стару формулу, како поједини правни писци желе ту деобу данас да прикажу. Стари су само назив и могућност деобе, а све остало је ново, па и значај и домишљај те деобе данас и некада. Али, због незнатних примедби које су се чиниле и које се могу учинити деоби права на јавно и приватно право, не треба превиђати стварност и тврдити да не постоји оно што постоји.

8. Једно од питања које се поставља у вези с деобом нашег правног система на јавно и приватно право је питање какав значај и домаћај има та деоба. Је ли то основна, најважнија деоба нашег правног система. У каквом односу стоји према тој деоби у буржоаском и римском робовласничком друштву.

Ако се баци сумаран ретроспективан поглед, може се уочити да је деоба права на јавно и приватно право у римском робовласничком друштву само наговештена, без дубље анализе и образложења; у буржоаском друштву ова деоба је, све до прелаза у двадесети век, имала значај основне класификације буржоаског права, која је темељно анализирана и образлагана, да би се потом, услед продирања јавног права у поједине области приватног права, нарочито у област својинских односа, почела оспоравати од стране појединих правних писаца, мада, у основи, ни до данас није оспорена као основна подела буржоаског права.

Деоба права на јавно и приватно право не може бити основна, најважнија деоба права у нашем друштву, и то са следећих разлога: прво, због настојања да се, како се обично каже, овладава законитостима робно-новчане привреде или, тачније речено, због недопуштања неконтролисаног функционисања ове привреде; друго, због друкчијег регулисања односа у вези с радом него у другим друштвено-економским системима; треће, због постојања самоуправљања; и, четврто, због релативно честе примене принципа солидарности.

Наиме, наше друштво, мада почива на робно-новчаној привреди као владајућем облику привређивања, не допушта неконтролисано функционисање ове привреде. Оно је обуздава и каналише или, како се обично каже, овладава њеним законитостима разним мерама, на пример управним мерама, политиком цена, политиком пореза и царина, друштвеним договорима и самоуправним споразумима о појединим економским питањима и др. Те мере углавном значе уплитање јавног права у приватно право, али имају и неке посебне карактеристике. Због тога је област приватног права у извесној мери пригушена јавним правом и испреплетена с њим. Мера пригушености и испреплетености није увек иста, па се, зависно од те мере, више или мање јасно и испољавају те области права. Али мере те врсте ће увек бити присутне, тако да се приватно и јавно право неће моћи појављивати у чистим облицима, какве су, на пример, имали у време успона буржоаског друштва.

С друге стране, регулисање односа у вези с радом у нашем друштву је друкчије него што је било регулисање тих односа у ранијим епохама у којима је постојала робно-новчана привреда и деоба права на јавно и приватно, па и због тога та деоба у нас не може имати исти значај и домаћај какав је имала у тим епохама. У римском робовласничком друштву су односи у вези с радом регулисани принудним путем у виду ропског рада непосредних произвођача. Није било слободног кретања основне масе непосредних произвођача ни слободног заснивања

односа у вези с радом, па је приватно право те епохе било си-ромашније за једну значајну област права. Уствари, у односе у вези с радом није продрла робно-новчана привреда, па је због тога, с једне стране, та привреда била мањег обима него што би била да је продрла и у ту област живота, а с друге стране, било је мањег обима и приватно право од обима који би имало да је област права која је регулисала односе у вези с радом добила карактер приватног права. У буржоаском друштву је облашћу односа у вези с радом у потпуности овладала робно-новчана привреда, тако да је радна снага постала роба, а уговор о раду као инструмент грађанског права правна форма куповине и продаје те робе. То је допринело и повећању значаја и домањаја робно-новчане привреде и повећању обима приватног права, јер је једна значајна и пространа област правног живота ушла у његов састав. У нашем друштву је област односа у вези с радом делимично ван домањаја робно-новчане привреде, на пример у погледу начина ступања у односе у вези с радом и иступања из њих, а делимично је обухваћена робно-новчаном привредом, на пример у погледу награђивања јер оно зависи од резултата рада радника и дохотка организације у којој рад-ник ради. Томе се могу додати и јавноправне норме о разним видовима заштите радника које су у радно право продрле већ крајем деветнаестог века и које се углавном и данас налазе у оквиру радног права у многим земљама, па и у нашој. Све је то утицало на то да је радно право састављено од елемената јавног и елемената приватног права, па се и сматра да делимично припада јавном, а делимично приватном праву.

Постојање самоуправљања и самоуправног уређивања друштвених односа даје посебан печат нашем друштву, нашем привредном и правном систему. Посебност се огледа у томе што су самоуправљање и самоуправно регулисање друштвених односа омогућили сваком човеку у оквиру друштвеног сектора рада и свакој организацији удружених радника да се испоље као субјекти, да одлучују о свим питањима живота, рада, пословања и расподеле дохотка у оквиру организација у којима раде. Самоуправљање и самоуправно уређивање друштвених односа омогућили су широк оквир слободе рада, понашања и одлучивања удруженом раднику. Тај оквир се, у принципу, може по-редити са слободом рада, понашања и одлучивања човека у приватном сектору рада и приватном животу уопште. Привређивање у таквим околностима мора у суштини имати и има робно-новчани карактер који условљава постојање традиционал-них грана права које чине тзв. приватно право. Може се рећи да је самоуправљање и самоуправно регулисање друштвених односа, у принципу, ослободило радничку класу оперативног

економског и политичко-управног туторства друштвених снага ван ње (државног апарата, партијског апарата и др.) и непосредно је спојило са средствима за производњу. Самоуправљање и самоуправно регулисање друштвених односа представља процес који, с једне стране, стално долази у сукоб са бирократским и државно-управним тенденцијама управљања друштвеним животом, а с друге стране, тежи даљем развоју, продубљивању и освајању нових простора. У таквим околностима оно се, гледано са друштвеног становишта, увек налази у првом плану, увек представља примарну друштвену појаву која баца у заснак све друге, па и могућност деобе права на јавно и приватно право. Јер, самоуправљање и самоуправно регулисање друштвених односа ствара једну нову област права која се не може сврстати ни у јавно ни у приватно право или, боље рећи, која има елементе и једне и друге области права, али се, због субјеката који је стварају и начина на који се ствара (најчешће референдумом), испољава као историјски нова правна област која стоји насупрот области права коју ствара држава.

Најзад, у нашем друштву примењује се у многим областима живота, укључујући и област привреде, и то релативно често, принцип солидарности (на пример, у виду давања помоћи развијенијих делова земље мање развијеним, у виду давања помоћи организацијама удруженог рада које не послују рентабилно, у виду солидарне изградње и расподеле станова и др.). А тај принцип је потпуно супротан законитостима на којима почива робно-новчана привреда. Он, уствари, спутава ову привреду. Спутавалући њу, он, с друге стране, ублажава и потискује у други план деобу нашег права на јавно и приватно право.

Али, ако деоба на јавно и приватно право није у нашем друштву основна деоба нашег правног система, поставља се питање постоји ли нека друга деоба која је карактеристичнија за наш правни и друштвени систем. Таква деоба постоји и на њу су већ указали поједини наши правници: то је деоба права на државно и самоуправно аутономно право, која се врши према врсти субјеката који стварају правне норме. Поједини од тих правника су у исто време и скренули пажњу на то да постојање самоуправљања и самоуправног аутономног уређивања друштвених односа баца у други план деобу нашег права на јавно и приватно право.⁴²⁾ Са тим ставом се и ми у потпуности слажемо, додајући томе напред наведене разлоге због којих деоба нашег права на јавно и приватно право не представља основну класификацију.

⁴²⁾ В. др Стеван Врачар, дискусију наведену под примедбом 19), стр. 150.

SUMMARY

THE POSSIBILITY OF DIVISION OF YUGOSLAV LAW INTO PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW

Generally speaking, the author thinks that this possibility, in the past and today, depends on the existence of the money-commodity economy in society: in this proportion there exists private law as well, while opposite it, there is public law. This thesis he substantiates by the analysis of the past and present situation.

Starting from this main assumption, the author stands on the point of view that Yugoslav law could be divided into public law and private law. This because the money-commodity economy is the basic type of economy in society. Consequently, there exist legal norms which could be divided into public law and private law in the formal-legal sense as well as in respect of their substance. But, such a division of Yugoslav law, in the present social circumstances, does not have the character of a basic division, due to the following reasons: firstly, the money-commodity economy is not functioning for the most part according to the laws characteristic of it, but is deformed by various measures, measures of public law among them; secondly, the labour force has lost the character of a commodity, so that a wide area of law has lost the characteristics of an area which is a part of private law; thirdly, self-government in general and the self-management regulation of life and work in the sphere of economy and other areas of life are the main features of Yugoslav society diminishing all other social phenomena to secondary significance, including the possibility of division of law into public law and private law; fourthly, the principle of solidarity, which is immanent to many areas of our life and in the economy as well, has degraded the functioning of the laws of the money-commodity economy, and therefore the division of law into public law and private law. Finally, the author states that the main division of Yugoslav socialist law into legal branches is the division into state law and self-management autonomous law, that is, the division according to those creating legal norms.

RÉSUMÉ

LA POSSIBILITÉ DE LA DIVISION DE NOTRE DROIT EN DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ

En principe, l'auteur considère que la possibilité de la division du système juridique en droit public et droit privé, dans le passé et dans les temps présents, dépend de l'existence de l'économie marchande et monétaire dans la société: dans la mesure dans laquelle cette économie existe, de même le droit privé existe, auquel se trouve à l'opposé le droit public. Il corrobore cette thèse tant par l'analyse du passé que par l'analyse de l'actualité.

En partant de ce précepte fondamental l'auteur considère que le droit yougoslave actuel peut être divisé en droit public et droit privé. Car, dans la société yougoslave l'économie marchande et monétaire est le type fondamental de l'économie. C'est pourquoi dans ce système existent les normes qui peuvent être divisées tant au point de vue du droit formel que quant

à leur contenu en droit public et droit privé. Toutefois, cette division du droit yougoslave dans les circonstances sociales existantes, n'a pas le caractère d'une division fondamentale, à savoir pour les raisons suivantes: premièrement, l'économie marchande et monétaire ne fonctionne pas principalement sur la base des légalités qui lui sont propres, mais elle est déformée par diverses mesures, et même par des mesures de droit public; deuxièmement, la force de travail a perdu le caractère de marchandise, en conséquence un large domaine du droit a perdu la qualité spécifique du domaine qui rentre dans le cadre du droit privé; troisièmement, l'autogestion et la réglementation autogestionnaire de la vie et du travail dans l'économie et dans les domaines de la vie imprime le cachet fondamental à la société yougoslave et rejette au second plan tous les autres phénomènes sociaux, et même la possibilité de la division du droit en droit public et droit privé; et, quatrièmement, le principe de la solidarité, qui s'applique dans un grand nombre de domaines de la vie et même dans le domaine de l'économie epousse au second plan les légalités de l'économie marchande et monétaire, et par là de même la division du droit en droit public et droit privé. Enfin, l'auteur met en relief le fait qu'en tant que division principale du droit socialiste yougoslave dans les domaines juridiques apparait la division en droit d'Etat et droit autonome autogestionnaire, c'est-à-dire la division d'après les sujets qui créent les normes juridiques.

ОСНОВИ РАЗЛИКОВАЊА „ЈАВНОГ” И „ПРИВАТНОГ” ПРАВА

У целокупном историјском развоју правне мисли, бар оном који носи печет европске традиције од античког доба до наших дана, па и у одговарајућем историјском искуству и правној пракси, сразмерно лако се може запазити непрекидно настојање да се на неки начин истакне потреба и могућност разликовања „јавног” и „приватног” права. Међутим, истовремено је тешко, па у крајњој линији и немогуће, проникнути и открити оне мање или више скривене сплетове најразличитијих разлога и повода оваквог разликовања. Услед тога намеће нам се и утисак да је неизбежан и карактеристичан парадокс: што се више и непосредније огледа и потврђује својеврсна (само)разумљивост, уобичајеност, природност, оправданост итд. оваквог разликовања, те се све мање и некако удаљеније предочавају они *сложени и дубински основи* овог разликовања. Баш овај парадокс може да буде и повод и подстицај да се приликом сваког третирања разликовања „јавног” и „приватног” права првенствено обрати пажња на оно што има, или се само сматра да има, улогу и својство *основа* дотичног разликовања. То значи да нема неког већег значаја уочавање и констатовање чињенице да су се уврежила оваква или онаква схватања о овом традиционалном разликовању, а ни покушаји да се дотична схватања реконструишу и систематизују, али зато има изванредно велики научни значај сваки покушај да се сагледају и разјасне *основа* овог разликовања. При томе, међутим, сложеност ових *основа* ипак не спречава да се у њима или у вези с њима разликују два главна низа момената: један низ сачињавају сви *објективни моменти* укорењени у друштвено-историјским околностима, у стварном животу и односима, у реалности друштвених склопова уопште и у државно-правном поретку нарочито, што све има карактер узрока и стварних разлога испољавања одговарајућих разлика у самом праву; други низ, пак, сачињавају *субјективни моменти* постављени првенствено у разним облицима друштвене свести, у погледима

одређених друштвено-политичких снага, појединих струја и представника правне мисли. Разуме се, кад је реч о овоме, све то односи се и на сва она настојања да се занемари или потпуно оповргне ово разликовање. Зато се може рећи да у свим (не) разликовањима „јавног“ и „приватног“ права искрсавају наизглед неразмрсиви сплетови објективних узрока и разлога, реалних чинилаца и остварења итд. што је све пропраћено и одговарајућим теоретским остварењима, резултатима и домашajима правне мисли. У свему томе треба тражити оне дубље корене и постојећих стварних разлика у самом праву, али и повода и мотива некаквих класификација, покушаја да се пронађу више или мање подешена мерила за оцену стварног стања у праву извесне епохе или одређене замље, а самим тим и заснованости односних анализа и класификација које у вези с тим настају.

I. Неопходне напомене

С обзиром на то задатак овога текста мора се ограничити само на покушај указивања на неке од поменутих момената, јер се у његовим оквирима и не може извршити ни неопходан захват у иначе веома широку и готово непрегледну проблематику, а ни извести одговарајућа дубинска анализа, са понирањем у све слојеве који се налазе испод површине не само најсложенијих већ и наизглед простијих питања. Тако нешто изискује свестрана разматрања и аргументацију, што овом приликом мора изостати. Самим тим, покушај указивања на основе разликовања „јавног“ и „приватног“ права претвара се у *основно*, а то ће рећи елементарно и претходно обавештење о карактеру ове проблематике на основу кога се може истаћи и *једно сопствено* виђење и заузимање ставова поводом дотакнутих питања.

1. — И овом приликом, као уосталом увек и свуда када се ради о научним разматрањима и свему ономе што их прати, пре свих других искрсавају *терминолошка* питања која се морају на неки начин решити. Њихово решење, пак, своди се на критичко процењивање или претресање ваљаности, адекватности и прихватљивости самих израза *јавно право*, с једне стране, и *приватно право*, с друге стране. Не улазећи у испитивање ни њиховог историјског порекла ни језичких особености, можемо само констатовати да су очигледно ухватили дубоке корене у целокупној правној мисли и правној пракси. Самим тим је потврђена и утврђена и некаква њихова употребљивост, али истовремено и сразмерно томе они су постајали и остајали много-

значни, веома сложени и неодређени и уопште и у свакој конкретној употреби. Ови изрази су не само уобичајни него су вековима задобијали специфичну снагу традицијом освештених израза, при чему су се у њима подједнако уплитала научна и практична значења, идеолошке и митолошке наслаге, па и свакојаке смислености и бесмислености. Због свега тога нема и не може бити некакве крутости, доследности и уједначености у коришћењу ових израза.¹⁾ У оваквој ситуацији, наравно упутно би било што тачније и прикладније одређивање ваљаности и садржине ових термина, јер они очигледно више служе као својеврсна *упутница* на извесне ствари, него што се могу користити за брзо и лако *препознавање* дотичних ствари, њиховог издвајања из масе осталих сличних и(ли) потпуно различитих ствари. Невоља је, међутим, у томе што баш овакве ознаке показују своју неоспорну и чак бескрајну предност, у ствари својеврсну надмоћност, у поређењу са неким друкчијим изразима чија би се вредност, евентуално, и могла образложити. У недостатку неких бољих или критичким преиспитивањем образложених нових израза, могу нам они послужити и овом приликом. С упозорењем да употреба ових израза сама по себи још нипошто и ниуколико не потврђује истоветност њихових значења, а још мање ставова оних који се њима служе, можемо их користити. А када је већ тако, онда ваља непрекидно имати у виду и њихове слабости, условну ваљаност, а често и грубе неприкладности. На неки начин треба показати извесну уздржаност и резервисаност према овим називима и садржини коју имају. Чини ми се да је за ту сврху довољно стављање тих израза у наводнице или, пак, стављање испред њих оног значењског релативизатора — *тако звано* или *тзв.* Тим се избегавају све забуне и заблуде на једном чисто терминолошком плану, што се иначе често дешава.

Сходно томе, донекле се може осветљавати терминолошка страна о самим стварима којима се дају такви називи. То су, по готово свим схватањима, они основни делови права или правног система којима се најчешће дају називи *правне области*. У ствари, ради се о својеврсној *дводеоби* или својеврсним *дводелинама* које се добијају било посматрањем односних делова права или правног система, било применом неког критеријума за разликовање који се намеће на основу схватања о *двојности* или *подвојности* у склопу целокупног права, а то није ништа друго него један од израза и показатеља својеврног *дуализма*

¹⁾ Вид. Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasonings*, Stanford, California, Stanford University Press, 1968, p. 30-38, 49, 165, 201, 206-207, 319.

као филозофске, доктринарне или теоријске представе и објашњења, као потврда о заузимању једног становишта о *дихотомији* и у праву и у правној мисли. Што се мене тиче, а из разлога који ће се показати умесним током даљих разматрања, сматрам да је боље те *дводелине* називати *правним сферама*. Битно је само то да се на овај начин жели упозорити да овакви делови нису и не треба да буду изједначени са даљим деоним јединицама које се, најчешће, обележавају изразом *правне гране*. Сматра се да оваквих деоних јединица има десетак у сваком развијенијем праву, а то значи да се и тзв. јавно право и тзв. приватно право састоји из више одговарајућих тзв. правних грана. По мени, то се може назвати и *правним секторима*. Сваки правни сектор или „правна грана“ састоји се од мање или веће масе *правних институција* као најмањих деоних јединица.

2. — После тога или, тачније речено, заједно с тим се јављају *садржинска питања кључних појмова*, па и осталих појмова сразмерно њиховој повезаности и релевантности. Није свеједно који се изрази употребљавају, али је неупоредиво важније коју садржину имају, с каквим обимом, с којом прецизношћу се дају, које ствари означавају итд.

Наравно, на првом месту ту је сам *појам права* који је, као што је добро познато и увек наглашавано, крајње неодређен, сложен, различито утврђиван и објашњаван. Зависно од тога како се дефинише право, како се оно уопште схвата, услеђује одговарајуће третирање било ког другог појма, чак оних појмова који су наизглед веома удаљени од њега, а камоли тако блиских му појмова, који се непосредно наслањају и изводе из општег појма права. Ако има елементарне доследности у теоријскоправном мишљењу и извођењу, морају се конструисати и одговарајући појмови о поменутих дводелинама права, о двама деловима једне целокупности. Зато у самом општем појму права налазе се не само претпоставке одређења садржине „јавног права“ већ и начина изучавања ових предмета, заједно и сваког посебно.²⁾ Штавише, сагледавањем оваквих веза се долази и до закључка да чак и *идеја права*, као априорна замисао, дата пре икаквог правног искуства, обликована пре самог појма права или само као својеврсни наговештај садржине тога појма, непосредно утиче и одређује садржину појмова „јавно право“ и „приватно право“.³⁾

²⁾ Arthhur Kaufmann und Winfried Hassmer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg-Karlruhe, C. F. Müller juristischer Verlag, 1977, S. 275, 285.

³⁾ Gustav Radbruch, Filozofija prava, prevela Dušica Guteša, Beograd, Nolit, bibl. Nomos, 1980, str. 169—171.

Овакве везе се огледају и онда када се непосредно полази од појма *правног система*, независно од тога да ли се на тај начин свесно или несвесно упада у илузију да је тако „избегнута“ поменута одређујућа веза самог општег појма права и да ли се сматра да је тако утврђен неки сасвим друкчији ослонац за извођење појмова „јавно право“ и „приватно право“. У ствари, и у оваком погледу појам права, са свим својственостима, неизбежно даје претпоставке за појам правног система, а затим и некако одређен овај појам дејствује на извођење осталих појмова. Дакле, пошто постоји могућност и неизбежност различитог дефинисања правног система, од тога мора зависити и садржина појмова „јавно право“ и „приватно право“.⁴⁾

Посебно и изузетно значајно место има и појмовна садржина израза „јавно“ и „приватно“. То су, такође, недовољно одређени појмови, а њихова многозначност потврђује се и тиме што се употребљавају не само овде него у врло различитим приликама. Тим изразима се обележавају често и сасвим различите ствари, разне појаве друштвеног живота, па самим тим и склопу правног живота и правног искуства има различитих појава којима се дају обележја коришћењем ових израза. При томе, ови изрази и њихова појмовна садржина може фигурирати самостално, у својству именице, или као битни квалификативи, за означавање одговарајућих својстава извесних делова права или правних појава. Без обзира на то како се употребљавају, појмови *јавности* и *приватности* морају бити дефинисани или се бар мора стално имати у виду да су и неодређени и вишесначни⁵⁾. Ако тога нема ствара се илузија о њиховој пуној јасности, уједначености и општој усвојености, па одатле и настају многе заблуде и забуне.

На основу само ових напомена може се лако установити да на једној чисто појмовној равни, која наравно укључује и претходна термилошка питања, увек настају некакве и неизбежне повезаности, спреге и комбинације одговарајућих појмова, при чему једни појмови имају улогу претпоставки а други су из њих изведени. Сами појмови „јавно право“ и „приватно право“ су, у ствари, усложњени првенствено тиме што имају, тако рећи, двојни карактер баш зато што у сваком фигурирају два подједнако важна појма. Овде се ради о *синтагмама*, а зна се да је њихова појмовна садржина увек и нарочито усложњена. У тој сложеној комбинаторици која се понекад срачунато

⁴⁾ Вид. Walter Burckhardt, *Methode und System des Rechts* Zürich, Polygraphischer Verlag, 1936. S. 59-60.

⁵⁾ Nathan Rotenstreich, *Spirit and Man, An Essay on Being and Value*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1963, p. 18-19.

гради, а често настаје готово и без рационалне контроле, добијају се: или неопходна *усклађеност* датих и повезаних појмова или, пак, њихова *неусклађеност* у већем или мањем степену, с приметним противречностима. На тој равни су и одговарајућа полазишта, па зато од тога зависи куда ће бити усмерена анализа, какав резултат ће уследити. Због такве сложености неизбежне су и многе контроверзе у текућим расправама у овој проблематици.

3. — У различитим разматрањима и сучељавањима многих схватања изражавају се *два основна вида ове проблематике* који су иначе веома различити, имају своје засебне усмерености и, чак, постављају се на посебним равнима. Због извесне међузависности и својеврсне паралелности ова два вида, а још више због несхватања о чему се ради, због нехотичног занемаривања њихових разлика, а често и због простих поистовећења насталих услед непрепознатљивих чинилаца, настаје карактеристична збрка с далекосежним последицама. Ради се често о неразликовању нечега што је иначе само по себи јасно раздвојено. У томе се налазе извори многих неспоразума, па и својеврсног зачараног круга у коме се крећу многи учесници у трајним споровима. То не запажају чак ни неки писци којима је иначе јасно колико је бесплодно кретање у зачараном кругу створеном на овом пољу.⁶⁾

Први вид ове проблематике се своди на запажање и објашњење објективно постојеће *диференцијације* или, тачније, *поларизације* која се врши у склопу самог права, у правном искуству, у правном поретку, изграђеном позитивном праву, реалном правном систему. То изазивају објективни чиниоци и њихово дејство не може се произвољно избећи. Дејством тих разних чинилаца једна и јединствена творевина која представља право, а која се структурише повезавањем својих многобројних и различитих саставних делова, подвргнута је овој неизбежној деоби на своја два основна дела, мање или више оформљена и изражена. Следствено томе право и показује сопствену *подвојеност*, своју карактеристичну *дводелност*, а могло би се рећи и једну „*располућеност*“. У томе и јесте значај и неизбежност ових *дводелина* права. Оваква поларизација и њено дејство испољено у раздвајање оваквих делова, наравно, повезано је с *карактером* целокућног права, а његовим битним својствима, па и с објективним процесима у њему самом, а нарочито с узајамним дејствима права и осталих друштвених чинилаца.

⁶⁾ Нпр. Г. Ф. Шершеневич, *Обшчаиа теория права*, Москва, изд. Бр. Бацмакових, 1910, стр. 513—567.

Овде се ради првенствено о *узроцима или о узроку поларизације* у објективној правној стварности, у праву, у правном систему као нечему што се структурише и што функционише у датим друштвеним оквирима. Изградњом и постојањем права то се само по себи дешава.

Други вид ове проблематике се своди на запажање и објашњавање нечега што се налази на другом плану, а може се рећи да се јавља због друкчијих повода. Тако постављена проблематика није ништа друго да израз неких *класификација* и *систематизација* које се врше у самој *правној науци*. Ова наука, наиме, али и целокупна правна мисао, укључујући ту и филозофскоправну мисао и све облике правног мишљења, због својих посебних потреба и разлога и ради постизања својих циљева прибегава овим подухватима. У свему томе, наравно, одлучујући су разни *субјективни моменти* (сазнајни, прагматички, педагошки итд.) који отсликавају жеље, могућности, умешност оних који дају дотичне класификације и врше некакве систематизације. Важно је, мађутим, да се и тако добијају два класификаторска или систематизаторска дела. Али ти делови су само својеврсне *класификационе* и *систематизационе* рубрике створене унутар саме правне мисли. Зато су ту неопходна извесна класификационо-систематизациона *мерила*. При томе, наравно, од ваљаности датих мерила зависи и дата класификација.⁷⁾ Она се најчешће односи на форму права, а још више на формална својства и резултате правне мисли. Таква мерила могу бити разложна, постављена само када онемогућавају да се приближно и сразмерно тачно предочава дата стварност, али су вештачка и дају привидно ваљане резултате ако доприносе стварању искривљене слике о стварности. А највећи недостатак овако постављене проблематике настаје када онемогућује или заклања анализе у првопоменутом смеру.

4. — Без обзира у оквиру које проблематике настаје, у вези с поменутом диференцијацијом и поларизацијом, или у вези с применом неког мерила за класификацију и систематизацију, утврђивање претпоставке о оваквој дводелности права, о неизбежности и могућности разликовања „јавног” и „приватног” права, прикључује се још неким претпоставкама о другим и друкчијим двојностима права. На тај начин ово постаје само један, и то можда не и најзначајнији, израз и показатељ *дихотомија* и *дуализама* у праву и правној мисли. То све има своје дубоке и друштвене основе и филозофска полазишта. Овакво разликовање се не може изоловати од осталих дихото-

⁷⁾ Вид Феодор Тарановски, Енциклопедија права, Београд, изд. Геце Кона, 1923, стр. 220-235.

мија, а то има далекосежне и увек присутне консеквенце. Оно носи печат и осталих разликовања. То значи да неки битни моменти тзв. јавног права и тзв. приватног права, заједно или засебно, зависе од тога да ли и уколико припадају неким другим дводеобама или, пак, неке друкчије дводеобе садрже у себи. Ово је само *беочуг* у једном „систему дихотомија“.

Први скуп дихотомија првенствено је проистекао захваљујући утицају разних друштвено-историјских чинилаца и филозофских оријентација. Ту су најзначајнији вековни покушаји дубоког разликовања тзв. *природног права* и тзв. *позитивног права*. На тај начин се жели нагласити постојање два сасвим различита права, различита по њиховим суштинским одређењима и облицима постојања. Оваквим разликовањем се често доводи у питање могућност схватања права као целине која се даље овако раздваја. Остављајући по страни сва изузетно сложена питања о томе, морамо запазити да се све то појављује као својеврсни контекст у којем се појављује или може појавити и разликовање „јавног“ и „приватног“ права. При томе се логично откривају, али често и потпуно пренебрегавају везе које постоје између тако назначених делова права.⁸⁾ Такође мора се имати у виду и укорењено разликовање тзв. *објективног права* које се углавном поистовећује с укупношћу правних норми или правних правила као некаквих творевина које стоје изван и изнад појединаца, а на другој страни се налази тзв. *субјективно право* при чему није јасно о чему се ту заправо ради: да ли о укупности овлашћења свих субјеката права или о овлашћењима само одређених субјеката; датих на основу правних норми и, тако рећи, одатле проистеклих или, пак, та овлашћења леже у иманентној природи правних субјеката, пре позитивноправних норми. Зато и није случајно што су неки од водећих ауторитета правне науке уложили силне напоре да би осветлили ову дихотомију, с циљем да је уклоне.⁹⁾

Поред ових проблема који су поникли на тлу стварних или привидних двојстава права постоје и неке двојности које су се толико „одомаћиле“ у праву и правном мишљењу да се много мање осећа њихова „проблематичност“ и било какво довођење у питање. Ту је, пре свега, оно наизглед сасвим поуздано и неспорно разликовање тзв. *унутрашњег права* и тзв. *међународног права*. У ствари, када се уђе у иоле озбиљније разматра-

⁸⁾ Вид. Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1967, S. 284-285.

⁹⁾ Hans Kelsen, *op. c.* 285-287; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Deuxième édition, tome premier, E. de Broccard, Paris, 1921, p. 522, 534, 539.

ње ове деобе и нарочито оних веза које постоје између тако назначених делова, неминовно искрсавају готово нерешиви спорови. Такође, ту је и разликовање тзв. *материјалног права* и тзв. *формалног права*, које је толико одомаћено у правној пракси, али и недовољно истраживано у својим дубинским слојевима у филозофскоправној мисли. Поред ових, овде би се могле наћи и друге мање уобичајене деобе. Ове подвојености права су и те како релевантне за разликовање „јавног“ и „приватног“ права, нарочито у извесним њиховим аспектима.¹⁰⁾ Ово због тога што се најчешће сматра да управо овај скуп подела сачињава једну целину, јер се деоне јединице јављају с истим „рангом“ тј. као „правне области“.

Потсећање на све горње двојности, а нарочито на ову последњу групу, неопходно је из простог разлога што се тек у вези с тим лако и брзо може открити и термилолошка и садржинска природа разликовање „јавног“ и „приватног“ права, а нарочито могућност да се у везу с тим појаве потпуно опречна и различита гледишта, на широкој скали од безусловног прихватања до категоричног негирања. А што је најзанимљивије то се може чинити с потпуно различитом аргументацијом, с различитим побудама и поводима, па и с потпуно различитим конвенцијама у теоријском и практичном смислу. А што је најважније тако се могу донекле ублажити извесне наслаге посебних „подозривости“ и излишних заоштрениости у третирању ове проблематике, која је услед тога и задобила посебно место и специфичан изглед у односу на остале.

5. — Непосредна последица ове двојности права, као и осталих, а нарочито када се конструише одговарајући пар синтагми које се премалопостављају, јесте откривање или стварно постојеће *корелације* или стварање привида да таква корелација постоји. Наравно, у првом случају се олакшава сазнавање, а у другом се могу само повећати заблуде. Томе се или хитимично прибегава или се у то нехотично запада. Све то огледа се у начину третирања целокупности предмета или појединих његових момената. На таквом простору искрсава онај познати методски поступак *антитетичког извођења* по коме се из одређених елемената и својстава утврђених на једној страни, који се афирмишу у виду теза, простим конструкцијама супротности као антитезама налазе се обратна својства и елементи на другој страни. У одређеној мери заиста се олакшава појмљење и објашњавање тиме ако се успешно третира, рецимо, тзв. приватно

¹⁰⁾ Josef Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Restes und Staates, Wien, Springer Verlag, 1949, S. 193-261.

право, јер то увелико доприноси објашњавању и тзв. јавног права. И обрнуто. Али при том је неопходно увек имати у виду и то да сваки од ових делова права има *своје специфичности* и да се тиме намеће потреба откривања одговарајућих особености. Постојање стварне корелације обавезује на повезано, али и одвојено третирање ових дводелина права. Ако се о том не води рачуна, онда се чистим логицирањем из погрешног виђења једне стране механички и круто преносе створене погрешке и на другу страну.¹¹⁾ Уопште, и овде се налази једно од изворишта неспоразума и погрешака, било да се нешто афирмише било да се то исто побија.

На то се често надовезује *схематичност деобе*, с приметним настојањем и схоластичком претензијом да се пружи апсолутна, свеважећа, свеопшта и беспризивна подела, која мора и може избећи сваки евентуални приговор. Тако замишљена подела погађа не само целину права, већ и све ниже и саставне јединице правног система (дакле, „правне гране“ и правне институције) и нарочито сваку правну норму. При томе, међутим, заборавља се да су баш ове дихотомије увек релативне, да имају условну вредност, да могу послужити само као оријентације. Пошто се оне граде на извесним претпоставкама, увек се мора рачунати с низом одступања. Само на основу неких *доминантних обележја* настаје и поменута поларизација, па се тако морају вршити и класификације. Границе не могу бити круте и чврсте, већ померљиве и еластичне.¹²⁾ Осим тога, у реалности се налазе и многи *мешовити облици* у којима се налазе сплетови разних својстава и елемената, па се они не могу сврстати само у један део. Исто тако, многи елементи једноставно остају изван датих подвојености и подела.

У позадини таквих конструкција налази се и очекивање да у оваквој деоби мора бити некакве *квантитативне симетрије*, али се то побија сваким непосредним увидом у стварност датог права. Наиме, ова два дела су увек неједнаке величине јер је немогуће некакво квантитативно изједначења подлоге и чинилаца, који изазивају ову поларизацију. И без неких прецизних измеритеља, видљиво је да у неком праву има и неке сразмере, а у другом је велика несразмера. Величина и једног и другог дела у целиности или њихових саставних елемената не може бити увек и свуда уједначена и као таква постојана. Отуд и није битно колики је који део, да ли један део огромно надмашује другог, већ је битно да ли делују основни узроци поларизације,

¹¹⁾ Вид. Jean Dabin, *Théorie générale du Droit*, Nouvelle édition, Paris, Dalloz, p. 137-145.

¹²⁾ Giorgio Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, p. 292.

односно да ли су умесна мерила класификације. У овој деоби важно је које квалитете делови имају и како и колико се огледају у њиховим саставним елементима. Није битно ни то на колико се „грана“ и „огранака“ даље диференцира један од ових делова, а ни то колика се маса правних институција налази у свакој о таквих деоних јединица, већ су битни *квалитети* ових делова и на тој основи настале разлике.¹³⁾ При томе, пак, никакo се не сме пренебрегнути оно што је овде најважније, а наиме да свака подвојеност и разликовање ове врсте врши се унутар *једног и јединственог права*, а то значи да су делови *међузависни* првенствено захваљујући обрнутој квантитативној пропорцији али да такве пропорције не може бити и у испитивању њихових својстава.¹⁴⁾

6. — Наравно, када се уопште говори о свим овим деобама у праву најважнији чиниоци који све то изазивају, непосредно или посредно, налазе се у *друштвеној стварности* која и својом целокупношћу и низом значајних елемената пружа реални оквир и објективну подлогу за структурисање и функционисање овог регулатора. Поларизација тзв. јавног права и тзв. приватног права, као и све класификације у том правцу, у крајњој анализи ослањају се на многе и различите околности, на опште стање друштва и дејство разних чинилаца. Те околности омогућавају такву поделу и условљавају каква ће она бити. Опште друштвено стање и његове промене испољавају се и на самом праву у целини и на оваквим његовим деловима. Зато од степена друштвеног развитка и зависи изразитост ове поделе, па због тога управо модерно друштво својом разноврсношћу открива истовремено и сложене везе и утицаје разних чинилаца и постојећег права. Модерно право се истовремено изнутра *диференцира* и *интегрише*, под притиском и дејством опречних чинилаца, а све то сразмерно свом ширењу, усавршавању и захватању најважнијих подручја друштвеног живота. На ово првенствено утиче *економска структура* друштва, функционисање начина производње сходно карактеру који има, тј. да ли је капиталистички или социјалистички на разним етапама развијености и с разним облицима изражавања. Зависно од тога каква је социјална структура датог друштва, а нарочито каква је његова *класна подела* и групна стратификација успостављају се одговарајући видови политичког система, а нарочито државно-правног поретка у његовом оквиру, са свим својим каракте-

¹³⁾ Упор. Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2 édition revue et augmentée, Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 291-316.

¹⁴⁾ Упор. Николай Н. Алексеев, *Основи философије права*, Прага, Плама, 1924, стр. 74-78.

ристикама, стањем и кретањем у целости и у појединим деловима. То значи да велики значај имају и чиниоци који су смештени у сфери културно-идејне надградње, јер и они и те како доприносе конкретном обликовању цивилизацијске и културне особености датог друштва. Ту се налазе неразмрсиви сплетови разних момената и при том се степен утицаја и веза разних чинилаца неприкидно мења. *Политички чиниоци* снажно утичу на структуру и функцију права. Исто тако, *културне прилика* уопште и нарочито стање и развијеност друштвене свести непосредно се изражавају у постојећем праву. У тим склоповима изразито место припада и *политичко-доктринарним погледима* и *филозофско-правним схватањима*, који су карактеристични и делотворни за дотичну друштвену средину.

7. — На ову проблематику посебно утиче *диференцијација саме правне науке*. Својим напретком и ширењем ова наука све више се разгранавала у разне научне дисциплине од којих је свака настојала да захвати један себи примерен предмет, али и да задобије одређен карактер и физиономију. Низ оформљених историјскоправних, позитивноправних и теоријскоправних дисциплина није могао остати по страни ових подела и класификација, изван и мимо спорова поводом „јавног“ и „приватног“ права. Штавише, правна наука у целости и научне дисциплине понаособ су нарочито допринеле да се афирмише оваква подела права, са свим оним пратећим симптомима како у правној стварности тако и у самој правној науци. Цела проблематика подела права на „јавно“ и „приватно“ право је на изврстан начин *парцијализована* због тако насталих разноврсности у захватима и пољима интересовања, особеностима прилаза сопственом предмету, начину третирања чињеница и избору најпогоднијих података, различитости изграђених појмова и поставки у садржину дотичних дисциплина итд. У свакој научној дисциплини оформило се засебно виђење ових ствари, па је чак неретко искрсавала недоумица око тога која дисциплина, зашто и како може да се ангажује у компетентном истраживању у оквирима једне овакве проблематике. Јер, таква проблематика самом својом ширином превазилази оквире готово свих засебних дисциплина. У вези с тим се тако наметнуло и питање припадности појединих дисциплина корпусу *јавноправних дисциплина* или, пак, од тога различитом корпусу *приватноправних дисциплина*. При томе се, међутим, запазило и то да постоје и дисциплине које је тешко сврстати у такве групе сходно постављеним мерилима.¹⁵⁾ Наравно, све ово је само један од нај-

¹⁵⁾ Justus W. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft zweite Auflage, Heidelberg und Leipzig, 1927, S. 228-416.

уверљивијих показатеља достигнутог степена у поменутој поларизацији, а још више и претпоставка и консеквенца постојећих класификација на подручју права.

Што се тиче *општих* или *апстрактних правних дисциплина* може се рећи да је њихова повезаност с једним оваквим предметом увек била, јесте и мора остати значајна. Припадност и надлежност у погледу овог предмета решава се сходно решавању и свих осталих питања која су примерена њиховом карактеру и физиономији. Без обзира на то какве су те дисциплине у погледу своје изграђености и садржине, карактеристично је да се управо у њиховом оквиру може најпотпуније и најшире постављати и решавати онај низ најзначајнијих питања поделе на „јавно“ и „приватно“ право, који лежи у самој основи или у самом језгру целокупне ове проблематике, у њеном историјском развоју и данашњем стању. Сви главни појмови и поставке, сва доминантна гледишта и најизразитије контроверзе налазе се управо у њиховим оквирима. Наравно, када се то истиче, никако се не жели умањити или обезвредити присутност и надлежност посебних и конкретноправних дисциплина које, у ствари, једино и могу да се баве мноштвом важних питања и на овоме пољу, а нарочито уколико се ради о неком одређеном позитивноправном поретку, његовим деловима, разним „гранама права“, појединим институцијама тога права, чињеницама које ваља сагледати и истраживати. Јер, управо на тај начин се и може пружити материјал за, рецимо, *теорију права* која врши неопходно уопштавање. Без таквог материјала теорија права би била неоснована, бесплодна и оптерећена ризиком да се претвори у празне конструкције и чак спекулације. Ово нарочито важи и за *филозофију права* као најдубље промишљање проблематике права. Сразмерно степену своје уобличености, ова дисциплина може и мора да се бави оваквим предметима. Језгро ове проблематике има филозофскоправни карактер. Штавише, могло би се рећи да и унутрашње поделе и саставни делови филозофије права могу проверавати своје могућности на једном оваквом предмету. Ова проблематика је истовремено и на свој начин обликована, пре свега, с *онтолошким* аспектом следствено томе колико засеца у питање само бића права. Такође, она је *гносеолошка* сходно томе колико је редвантна за специфично сазнавање појединих делова права и правних институција. Она је и *аксиолошка* сходно датим просторима за вредновање права и у целини, али и овако подељеног и представљеног појединим правним институцијама.¹⁶⁾

¹⁶⁾ Упоп. Erich Ferhner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2 unf. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1962, S. 43, 156, 179.

На све ово ваља посебно потсетити баш зато што се не тако ретко могу сусрести гледишта која сасвим друкчије и прилазе целој овој проблематици и у складу с тим ограничавају домаћаје могућих и оправданих анализа овог предмета. По њима, овде се ради само о својеврсним *класификаторским* и малтене само о *техничким* питањима која немају ни неког дубљег значаја и последица у склоповима правне науке. Наравно, такве представе о овој проблематици су само један од упечатљивих примера како се својеврсним традиционализмом насталим у редуccionистички и парцијалистички усмереним истраживањима може стварати и утисак о безначајности неких крупних питања. Међутим, када би таква „обезвређења“ била заиста основана, вероватно је да историјски и у садашњости толико значајна, широка и слојевита проблематика разликовања „јавног“ и „приватног“ права — једноставно не би се могла ни укоренити, ни изазвати толика ангажовања и такве спорове какви се могу одмах уочити.

8. — Када се потсећа на оваква својства и изглед ове проблематике, онда се не може пренебрегнути ни присуство и одговарајуће дејство *идеологије* у свим поменутих дисциплинама, а нарочито оним општим или теоријскоправним. Јер, оваква знања никада нису и не могу бити само и чисто дата објективна и истинита знања о тако сложеним стварима. Уз таква знања и прожимајући се с њима јављају се и идеолошки погледи, тј. погледи мотивисани првенствено посебним интересима и тежњама њихових носилаца или, пак, који су оптерећени специфичном погрешном и искривљеном свешћу. То значи, такође, да се разликовање „јавног“ и „приватног“ права повезује и с разним другим подручјима знања и идеологијом која их прати, а пре свега с оним што је *политичко* и под дејством *политике* као најснажнијег чиниоца организовања и усмеравања друштвеног живота. На подручју политике, па и у свему оном што је под њеним утицајем неизбежни су свакојаки сукоби и облици борбе помоћу којих се разрешавају настали спорови. На политичком пољу, као уосталом и на свим другим пољима људске делатности, непрестано тињају и распламсавају се пожари интереса, тежњи и страсти, а што је све праћено најразличитијим предрасудама и заблудама. Тога је увек било и мора га бити све дотле и утолико докле и уколико се не може, објективно или субјективно, *раздвојити* основа ове подела права од осталих подела — класних, политичких, доктринарних, етичких, институционалних итд. Зато, свака *идеологизација* ових питања потискује *објективизацију* њиховог решавања, а то значи и стицања све истинитијих знања. Вероватно је баш то један од најуверљивијих показатеља праве природе и оног што изазива

овакву поларизацију права и оног што се на неки начин рефлектује у облицима друштвене свести који све то прате. При томе, наравно, кад би то била само нека техничка питања или сама по себи релативна неважна сигурно је да не би никако могла задобијати тако значајно место у склоповима саме правне науке, а још би мање могла бити предмет снажне идеологизације. Уосталом то је неминовно повезано с оним суштинским питањима права као облика регулације друштвеног живота, па већ због тога никако није могуће избећи ни теоријски ни практично све далекосежне последице такве чињенице. То се све огледа у целокупном развоју односно проблематици, у схватањима која су се мање или више оформила поводом свих кључних питања права међу којима се налазе и питања о основима разликовања „јавног“ и „приватног“ права. Ти основи се непрекидно сами по себи намећу приликом сваког продубљеног захвата и сваке темељније анализе, али то не значи и да у свим истраживањима услеђују и одговарајући резултати, тј. права сазнања баш о тим основима.

II. Осврт на главна гледишта о разлици „јавног“ и „приватног“ права

Све што је напред поменуто, а и многи други моменти, су подједнако и разлог и последица постојања *мноштва различитих гледишта* о разлици између тзв. јавног права и тзв. приватног права. Без обзира на то каква су по свом карактеру и вредности, сва односна гледишта неминовно откривају, мање или више, мноштеност и разноврсност полазишта, прилаза овим стварима, начина третирања и захваћене целине и појединих њених делова, целог права, ових дводелина или појединих правних институција. То је условљено непрегледним низом околности. Услед тога и настаје неизбежна разноврсност у схватањима о таквим предметима. Услед тога и на тој основи појављују се и одговарајуће непрегледне *контроверзе* које трају вековима, па су и данас веома изразите. Зато се јављају и *спорови* између разних погледа, али и унутрашње противречности једног те истог погледа. У таквој ситуацији, наравно, није лако сагледати карактер у усмереност *главних гледишта*, дакле оних у којима се огледају неке заједничке тенденције, тежње да се разматрање усмери на један или више најважнијих момената, при чему маса осталих гледишта представља, у ствари, покушај развијања, употпуњавања, нијансирања неке заједничке аргументације. Привидно обиље и шароликост насталих схватања у својим дубљим слојевима показује и своје заједничке имените-

ље, па због тога главну пажњу и истраживања ваља на то усмеравати. Међутим, и код таквих настојања много је значајније да се покушају сагледати оне стварне везе између постојећих гледишта и друштвене средине у којој су оформљена, а нарочито њихову примереност постојећим дружавно-правном поретку у целини и реално издиференцираним видовима „јавног“ и „приватног“ права. Без тога није могућа ни процена ваљаности дотичних гледишта.

1. — Ако се пође од претпоставке да постоје „јавно право“ и „приватно право“ као дводелине права, главне деоне јединице целокупности права, онда се у томе садрже и две даље претпоставке: прва, да сваки од тих делова може бити посебно одређиван, на неки начин појмљен и дефинисан; друга, да између тих делова постоје и одговарајуће *разлике*, а то значи и да се сходно томе може назначити и нека *основа разликовања*. Управо такве претпоставке дубоко су укорењене у традиционалној правној мисли, свакако с дубоким поводима, али и с многим незаобилазним дилемама.

Међутим, баш у погледу самих *појмова* или, тачније, овог *пара синтагми* традиционална правна мисао упечатљиво показује своју немоћ, домашаје и промашаје. У ствари, све оне тешкоће које су постале иманентан пратилац свих покушаја да се одреди општи појам права преносе се и на ово подручје, па без обзира да ли се то жели избећи или се једноставно о томе и нема права представа. У ствари, карактеристично је да у традиционалној правној мисли, и поред силног ангажовања и заокупљености разним питањима овакве поделе, готово и нема озбиљних и систематских покушаја извођења ових појмова, сходно оквирима и премисама које поставља нека уобличена, истакнута и утицајна теорија права. Уместо тога се најчешће сусрећу чак и у таквим теоријама својеврсне схематске и дедуктивно назначене, без икакве критичке и аналитичке рефлексije а камоли уобичајеног ригорозног поступка при сваком дефинисању, тако рећи само *назнаке појмова*. То само ствара веће тешкоће него што олакшава стварно дефинисање, разумевање и објашњавање сложене садржине ових синтагми. Стиче се утисак да се више испољава својеврсна инерција у третирању ових ствари него што се уважавају елементарни захтеви, ако се уопште очекују неки иоле ваљани резултати. Као да се непрестано полази од неких предрасуда о тобожњој „саморазумљивости“ таквих појмова, па и питања која из њих потичу, а затим као да је „очигледност“ постојања извесних „правних грана“ које представљају и доказе и делове присутности оваквих „правних области“ — онај најуверљивији ар-

гумент о заснованости дотичних третирања ових ствари. У таквој ситуацији, наравно, сасвим су разумљиве и свакако симптоматичне крајње негативне сцене, пропраћене осећањима беспомоћности и разочараности. Ханс Келзен, свакако највећи ауторитет савремене правне мисли каже: „Разлика између приватног и јавног права у традиционалној правној науци, узета је за основ систематизација права. Па ипак још увек узалуд тражимо једну недвосмислену дефиницију двају појмова.“¹⁷⁾ (ја сам подвукао — С. В.). У овим речима као да чујемо одјек чувене Кантове ироничне опаске да правници безуспешно трагају за својим појмом права.

А када је већ тако у том погледу, онда се на исти начин огледају и разлике између „јавног“ и „приватног“ права. Оне могу постојати или недостајати у стварности, али о томе се добија некаква представа првенствено захваљујући оној слици коју гради и сугерише правна мисао. Располажући само с недовољно утврђеним и нејасним појмовима, наравно, морају бити мутне и разлике које, евентуално, постоје међу таквим деловима права. Јер, некакве разлике могу се назначити само ако постоје неки посебни елементи или својства сваког од наведених делова, који изазивају мање или веће разлике. Без тога или с произвољно, непотпуно и нетачно утврђеним ослонцима за назначење разлика увек се ризикује да све буде предочено у збрканом облику, без јасних и поузданих разлика. А када се томе дода и околност да саме разлике могу бити видљиве и површинске, али и битне и скривене, а да се све то може огледати у разним моментима с неједнаким значајем, онда све то постаје још сложеније и неизвесније. Није свеједно што се узима као битан моменат или, пак, неки низ најважнијих момената у којима је дата стварна или само привидна разлика између „јавног“ и „приватног“ права. Од тога зависи и то условљава ваљаност постављених појмова, плодотворност анализе и основаност достигнутих резултата у истраживању. Разуме се, свако назначење разлике између оваквих делова претпоставља и *истоветности* међу њима, дате у елементима и својствима који су им заједнички. То је неизбежно већ због тога што та два дела припадају једној целини какво је право у стварности.

Имајући све то у виду, наравно с различитим степеном извесности, традиционална правна мисао је настојала да на неки начин постави *мерила* или *критеријуме* разликовања јавног и приватног права. Она је то чинила првенствено с намером

¹⁷⁾ Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, превели Др Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић, Београд, изд. „Архив за правне и друштвене науке“, 1951, стр. 197.

да што уверљивије покаже специфичности ових делова права, па и разлике по којима се они одликују. При томе, пак, у најопштијим и оријентационим назнакама прибегава се својеврсном упрошћавању, па то истовремено, чак и без неке посебне жеље, претвара се у откривање оних битних разлика, па и специфичности ових делова права. Следствено томе, стварао се више утисак да су то некакви критеријуми које само правна мисао конструише и уноси у правну стварност него што се могло показати да се тако само описује и објашњава оно што је дато у правној стварности. А што је овде још занимљивије, најчешће се у свему томе уопште не води рачуна о некој логичкој утемељености разматрања, потреби да се остане на терену претходно датих појмова о праву или правним нормама, њиховим евентуалним елементима и својствима, него се произвољно истичу неки моменти који се у то не могу уклопити иако имају неке везе с правом у целини или с овим његовим деловима. При томе, сличан утисак остављају покушаји у којима и нема неког строго и прецизно назначеног редоследа тих мерила¹⁸⁾, где и нема неког јасног мерила,¹⁹⁾ али и тамо где су та мерила врло пластично представљена.²⁰⁾ У скупу таквих мерила појављују се различити моменти: уопштено узета *правна норма* са својим посебно израженим својствима; затим истиче се *правни субјект* у својим различитим видовима, а пре свега у виду државе и приватних појединаца; даље говори се о *правном односу* у целисти или, пак, о „субјективном праву“ као његовом елементу; такође истичу се такве појаве као што је *власт, интерес, циљ, воља учесника* у правном животу и сл. Штавише, велику пажњу заокупљају и разни елементи друштвеног живота као што су *облик својине, врста економских односа* итд. Наравно, не треба заборавити и врло утицајне погледе о излишности и неоснованости деобе права на овај начин.²¹⁾ То важи и за оне тврдње по којима се и не могу поставити неки поуздани критеријуми за ову деобу.²²⁾ Ако се само скицирају ти моменти, с најнеопходнијим илустрацијама о заступницима дотичних схватања, може се добити увид у овај простор испуњен разним контроверзама.

¹⁸⁾ Нпр. Феодор Тарановски, оп. с. стр. 220-235.

¹⁹⁾ Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, треће издање, поправљено и допуњено, шт. „Привредник“, Београд, 1941, стр. 148-151.

²⁰⁾ Radomir D. Lukić, Uvod u pravo, drugo izdanje, Beograd, izd. Saveza udruženja pravnika Jugoslavije, 1963, str. 349-351.

²¹⁾ Вид. подбелешку бр. 9.

²²⁾ Bernhardt Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, S. 170-172.

2. — С обзиром да се сматра да традиционална јуриспруденција, па чак и целокупна правна наука поистовећује појам права с појмом правне норме или правног правила, само по себи намеће се очекивање да у складу с тим и подела на „јавно” и „приватно” право остаје на терену норме и у њеним оквирима, тј. да се полази од елемената норме или њених својстава, односно свега тога у целокупности или систему правних норми. Следствено томе, радило би се о *интранормним критеријумима*, оним који истичу неки елемент норме или неко њено својство. На жалост, оваква мерила су или ретка или побркана и нејасна када нису раздвојена од друкчијих мерила.

Ма како то чудно изгледало, мора се рећи да само по неки писац настоји да открије у разликама самих норми и разлику „јавног” и „приватног” права. То је покушао да учини један од најистакнутијих заступника нормативизма *Феликс Шомло* који разликује промитивне и императивне норме сврстане у јавно право и, на другој страни, императивно-атрибутивне норме које припадају приватном праву.²³⁾ Тај став дословце преузима један од његових следбеника: „*Норме прве и друге групе, наиме, промитивне и императивне, спадају у јавно право, док су норме треће групе, императивно-атрибутивне, приватноправне природе.*”²⁴⁾ Међутим, и поред тога, баш тај следбеник не пропушта да истакне да је немогуће и недовољно држати се критеријума... у нормама самима... и зато попут многих других посеже и за другим критеријумима. Иначе, многи теоретичари само полазе од правних норми или правних правила утолико што их помињу, али у даљем разлагању, напосто не водећи рачуна о томе, покушавају да пронађу неке тобоже садржинске или формалне карактеристике норми и да тако утврде и критеријуме за њихово сврставање у „јавне” и „приватно” право.²⁵⁾ У ствари, тако се излази из оквира самих правних норми и трага за неким друкчијим мерилима.

Као што је добро познато, врло је раширено схватање да свака правна норма у свом саставу има, пре свега, један елеменат обележен изразом *диспозиција* или примаран део норме или примарно правило при чему се то изражава у више различитих видова, као овлашћујућа, забрањујућа и наређујућа диспозиција, с могућношћу и да се врши класификација ових диспозиција на категорије алтернативних диспозиција,

²³⁾ Felix Somló *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1927, S. 486.

²⁴⁾ Mihajlo Lanović, *Uvod u pravne nauke*, Zagreb, Naklada Jugosl. Nakladnog D. D. „Obnova”, 1934 str. 245.

²⁵⁾ Вид. Г. Ф. Шершеневич, *опр. стр.* 513-567.

диспозитивних диспозиција (какав леп плеоназам!), диспозиција које дају дискрециону власт или омогућавају дискрециону оцену и сл.²⁶⁾ Па када је већ тако, такође, очекивало би се да када већ није узета целина правне норме може бити посматрана бар диспозиција као један од њених основних саставних елемената на тлу кога се могу поставити критеријуми разликовања „јавног“ и „приватног“ права. То утолико пре и више што се полази од разноврсности самих диспозиција која, ваљда, морала би се показати у једној тако значајној подвојености у праву какву представља постојање „јавног“ и „приватног“ права. На жалост, таквих покушаја или уопште нема или се они једноставно „растварају“ и замућују сасвим друкчијим и често удаљеним, с тим неповезаним, мерилима. При томе, ништа не оправдава ту чињеницу, па чак ни евентуална претпоставка или изричита тврдња да се у дотичним диспозицијама назначује нешто што и чини њихову садржину, а наиме помињу се неки одређени моменти који се узимају као мерила разликовања „јавног“ и „приватног“ права.²⁷⁾ Јер, то помињање ваља разликовати од онога што је поменуто, а што има „извандиспозицијску“ егзистенцију.

Исто тако, као што је добро познато, повезано с овим је и указивање на *санкцију* као другостепени или секундарни елемент норме, као секундарно правило које долази у обзир за примену само када није примењена диспозиција. Остављајући по страни и значење овог израза које обухвата баш оне принудне мере и облике ефективне принуде (тј. одузимање живота, лишавање слободе, административне мере, накнада штете итд.), очигледно се може поставити питање да ли је могућно на овој основи и у вези с тим утврдити неке критеријуме који би били довољни или прикладни за разликовање „јавног“ и „приватног“ права. Ради се заиста о тако очигледним стварима и уз то толико значајним за структуру не само правних норми већ и целокупног права да се тако нешто не само може очекивати него се и само по себи намеће. Ипак, за дивно чудо, ни такве очигледности нису биле довољно „наметљиве“ за традиционалну јуриспруденцију када је покушавала да пронађе погодан критеријум једне овакве подвојености права. Додуше, у литератури се сусрећу и такви покушаји, али и они су учињени без јасне и усредсређене анализе у којој би баш карактер санкције, па можда чак у оба значења у којима се та реч у праву узима, могао бити онај критеријум који би својом упечатљиво-

²⁶⁾ Ivo Krbek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb izd. Jugosovenska akademija znanosti i umjetnosti, 1937, str. 230-232.

²⁷⁾ Феодор Тарановски, *оп. с. стр.* 227.

шћу бар остављао утисак о неоспорности аргументације. Ти покушаји су, на жалост, исто тако збркани и расплинути у које-каквим разматрањима о *принуди* и *принудности* права, о праву заштићеном ефективном санкцијом утолико што ова долази од стране државе, али и о праву које је такво да не може имати такву заштиту, па због тога и овакав моменат добија изглед какав имају и остали, тј. и он је затамњен, нејасан, неодређен и расплнут.²⁸⁾ Стиче се утисак да је тако традиционална јуриспруденција пропустила једну он највећих шанси да, евентуално, пронађе један поуздан критеријум овог разликовања.

3. — Када се већ створила таква ситуација у погледу правне норме и њених елемената, онда није чудно већ сасвим природно што су у традиционалној јуриспруденцији избили на површину разни критеријуми који су, у ствари *екстранормни критеријуми* утолико што покушавају да истакну неки од моментата који се налази изван норме, па ма како се иначе и понекад сматрало да то истовремено означава и задржавање најуже повезаности ових са самим правним нормама, а понекад се иде дотле да се чак и овакви моменти сматрају саставним деловима (?) саме норме.

Ту се налази у првом реду различитост *правних субјеката* као једно од најупечатљивијих мерила. Наиме, сматра се да „јавно“ право постаје када правне норме одређују понашање или делатност државних органа и њихове међусобне везе или везе државе и неких других јавних субјеката, рецимо неких организација, а такође када држава иступа као носилац *imperiuma* у повезивању с појединцима. На другој страни, „приватно“ право успоставља се тамо где се повезују приватна лица, појединци као правни субјекти или, пак, где сличан положај има држава или нека друштвена организација у њиховом међусобном повезивању. Према томе, овде фигурирају правни субјекти као специфичне правне творевине, па сходно њиховим својствима и настаје односна подела. Но, иако је то наизглед сасвим прецизно мерило у односним гледиштима оно је недовољно јасно, помешано с разним другим моментима, па отуд и ово мерило тоне у насталим пометњама.²⁹⁾

Врло је сложена слика коју пружа традиционална јуриспруденција у погледу *правних аката* као критеријума за ово разликовање. Не водећи рачуна о изванредно великом значају

²⁸⁾ Нпр. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von Julius Springer, dritte Auflage 1927, S. 383-393.

²⁹⁾ Нпр. Sir Thomas Erscine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Thirteenth Edition, Clarendon Press, p. 135.

баш ових феномена у правном животу, а ни о изузетној сложености ових феномена, па чак ни о непосредним везама које они заиста имају с правним нормама, многа гледишта се једноставно заплићу око неких момената унутар самих правних аката. Ту је првенствено оно што се назива „вољом“ иако, строго узевши, то ни издалека не може да се узме ни буквално ни метафорички као воља у психолошком смислу. У сваком случају, када би се хтелo ослонити на правне акте, вероватно би следио став да „јавно“ право постоји тамо где се испољавају државни правни акти у свим својим видовима, а „приватно“ право би постојало свуда где постоје приватни правни акти. На жалост, овакво логично извођење, зачудо, потпуно недостаје и зато настаје велелепна збрка у дотичним гледалиштима или између разних варијанти таквих гледишта.³⁰⁾ Уместо тога да говоре о својствима односних правних аката, што би свакако могло да буде релевантно и за једну подвојеност о којој се овде говори, та гледишта „наседају“ убаченој замци о значају „воље“ и покушају на њеном тлу да истакну значајну разлику. При томе, изгледа да им је особито важна тобожња антиномија *хетерономна воља* — *аутономна воља*, односно „хетерономија воље“ — „аутономија воље“. По томе би испало да тамо где влада „хетерономија воље“ постоји „јавно“ право, а тамо где је „аутономија воље“ тамо би се налазило „приватно“ право. У ствари, огромну „популарност“ у смислу пријемчивости задобиле су тврдње да „приватно“ право има баш „аутономију воље“ као своје битно обележје.³¹⁾ Вероватно и не осећајући то многи и без икаквог разумевања ових филозофских категорија упадају у својеврсне „тракалице“ и самим тим износе обичне бесмислице. Помињући ово, наравно, не желим порицати постојање психичких или психолошких момената у праву, поготову кад се зна да је, рецимо, један велики мислилац *Л. Петражицки* оставио једну маестралну психолошку теорију права у којој је дао и одговарајућу поделу на „јавно“ и „приватно“ право.³²⁾ Ради се само о упозорењу шта настаје и где се стиже када се немају јасне представе о стварима.

Судећи по свему, међутим, прави терен за постављање упечатљивих мерила нашла је традиционална јуриспруденција крећући се на просторима *правних односа*. Иако најчешће и

³⁰⁾ Bug. Oscar Adolf Grundlagen der Rechtswissenschaft, zweite Auflage, Bern, Verlag Stämpfli & Cie 1969, S. 181-184.

³¹⁾ Vid. Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin C. H. Beck, 1964, S. 194, 74-76.

³²⁾ Лев Петражицки, Теория права и государства, том I, изд. Второе, С. Петербурд, 1910, стр. 617-745.

нема јасне представе о карактеру овог феномена, првенствено због тога што уопште не полази од особености друштвеног односа као феномена, а, затим и због потпуно збрканих представа о везама правних норми и ових феномена, традиционална правна мисао посвећује огромну пажњу простим констатацијама о постојању и одлучујућој улози правних односа у разликовању, поред осталог, и „јавног“ и „приватног“ права. На тај начин, она је, може се рећи, управо на тој основи изградила критеријуме за одговарајуће разликовање, који су постали изузетно цењени, прихватани и популарисани. О томе сведочи сразмерно највећи број заступника одговарајућих гледишта.³³⁾ Ако би се покушало извести дотично гледиште, оно би овако изгледало: „јавно“ право постоји тамо и тада где и када се успостављају правни односи између државних органа међусобно, између државе и неких друштвених организација, најзад и између државних органа и поданика или грађана; на другој страни, „приватно“ право изграђује се тада и тамо када и где настају правни односи између приватних лица међусобно, између грађана и државе где ова поприма својства по којим се приближава или чак изједначаје са својим партнерима у обличју појединаца и грађана, као и између грађана и друштвених организација када су ове задобиле сличну позицију. Тако предочено, ово гледиште изгледа просто и надасве упечатљиво, али у односним разматрањима и с овлашним разоткривањем датих поставки може се утврдити да се ради о неочекиваној смеши нејасних и противречних тврдњи.³⁴⁾ Разлог за то, поред осталог, понајвише налази се у историјски и доктринарно предоченој својеврсној хипертрофији проблематике „субјективног права“ која се, најчешће, сасвим одваја и третира као нешто сасвим самостално, независно од категорије правног односа, па све то има несагледиве консеквенце и за разумевање ове подвојености права, тј. „јавног“ и „приватног“ права. Наиме, тако у предњи план избија критеријум „субјективног права“ по коме се, наводно, и може разграничавати „јавно“ и „приватно“ право.³⁵⁾ При томе, међутим, неизбежно се управо на тој тачки открива и она друга подвојеност права, у ствари исконструисана и идеологизована смеша разних концепција о двојности и међузависности „објективног права“ и „субјективног права“.³⁶⁾ Тако се

³³⁾ Нпр. Admolf Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Dritte neu durchgesehene Auflage, Berlin, J. Guttentag, 1904, S. 84-87.

³⁴⁾ Вид. Феодор Тарановски, *оп. с. стр.* 225—231.

³⁵⁾ Нпр. А. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Berlin, 1878, S. 134, 140-146.

³⁶⁾ Вид. Hans Kelsen, *оп. с. S.* 194.

неочекивано и нежељено вршило и унутрашње растакање једног наизглед упечатљивог мерила разликовања „јавног” и „приватног” права. То утолико више што је некако остављено по страни, па чак и потпуно занемарено питање оног момента који је иначе у корелацији са „субјективним правом”, тј. дужности или обавеза. Вероватно зато су и сразмерно ретки покушаји да се и овај моменат истакне приликом овакве поделе права.³⁷⁾

Најзад, потпуности ради, нека буде поменуто да постоје и гледишта да је *правни објект* један од могућих критеријума за ово разликовање. Иако су сразмерно ретка и недовољно развијена и образлагана, тако да се поближе може видети о чему се то заправо ради, та гледишта имају и свог веома угледног представника у једном *Н. Коркунову*.³⁸⁾ Треба рећи да овакво гледиште изискује темељну разраду, бар онолику колику су доживели остали моменти, па би се тек онда и могло просуђивати и шта оно заправо значи.

4. — У непосредној вези с оваквим третирањем целокупности ове проблематике настали су и огромно разубњени и уразновршћени покушаји да се истакну *парцијални критеријуми* у разликовању „јавног” и „приватног” права. То су, у ствари, сва она мерила која се држе неког спореднијег момента, који се налази у склопу неког од напред поменутих, или који иначе постоји на огромном простору испољавања правних облика. У томе се огледа својеврсно детаљисање у мањој или већој мери, са свим одговарајућим последицама таквог третирања. У томе обиљу заиста је тешко сналазити се и проценити о чему се ради.

Ипак, несумњиво је да су се критеријуми умножавали сразмерно томе колико се проширивало трагање за неким дотле занемареним или недовољно истакнутим моментима, а чије се постојање иначе могло довољно уверљиво доказивати. А када се зна да сваки правни феномен, па дакле и сваки од оних који су напред оцртани, а и низ других који уопште нису ни поменути, имају своје састојке или неке специфичне моменте, онда се неизбежно огромно увећавао број назначених мерила. И то, наравно, није могло измаћи оку немалог броја оних који су хтели и да предоче размере и последице таквог третирања.³⁹⁾ Но, ту је много важније да се запази околност која некако предодређује настанак таквог шаренила критеријума. А то је, пре свега, баш чињеница да у самој правној стварности заиста

³⁷⁾ Вид. G. V. Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence*, Second Edition, London, Pitman, 1949, p. 131—140.

³⁸⁾ Н. М. Коркунов, *Лекции по общей теории права*, издание пятое, С. Петербург, изд. Н. К. Мартинова, стр. 177—183.

³⁹⁾ Вид. Mihajlo Lanović, *op. c.* стр. 242-249.

егзистирају и безбројни састојци, а затим и чињенице да се и они некако спецификују на терену „јавног” и „приватног” права. Довољно је, рецимо, поменути инструмент *тужбе* па илустровати шта то значи, а и поводе за конструисање иначе једног од врло запажених гледишта.⁴⁰⁾ Ту се, наиме, указује да „јавна тужба” чини основно обележје „јавног” права, док „приватна тужба” представља главну карактеристику „приватног” права. Тако је ова правна институција или правни инструмент у заштити својих права, стављен на располагање правним актерима задобио место окоснице за изградњу двеју „правних области”. Слично је и с многим другим таквим мерилима ослоњеним на неки од постојећих састојака права.

Ипак, не би требало превиђати да оваквом третирању доприноси и околност да свако историјски конкретан право, изграђено у одређеној земљи, има и мора имати не само специфичне оне опште и свуда постојеће моменте, који имају значај најважнијих момената, него и многе заиста сасвим својеврсне карактеристичне моменте. Зато и није чудно што истраживања која су посвећена свему конкретном, а то су историјскоправна и позитивноправна, разотривају низ баш таквих момената и што их, чак, желе ставити испред свих осталих, иначе важнијих, момената. Ту су заиста неизбежни парцијални критеријуми, али на једној друкчијој основи. Кад се то не разуме настају многи неспоразуми.⁴¹⁾

5. — У извесној мери у другом правцу крећу се покушаји да се целовитије сагледају било поједини momenti било извесни окупови сличних или повезаних момената, који служе као основа својеврсног истицања *тогалитетних критеријума*. Најчешће се то чини с жељом да се сагледа целина и самог права и делова насталих оваквом подвојеношћу, али при томе нема ни неопходне доследности ни јасних претпоставки за одговарајућа истраживања. Баш зато добија се утисак да се ту ради о извесним наговештајима, а често и случајно захваћеним аспектима овог предмета. Управо зато била би неопходна једна тананија анализа односних гледишта да би се утврдило њихово значење.

Уопште узевши, највише пажње је заокупљало постојање релативно различите *садржине* и *форме* „јавног” и „приватног” права, али не као целокупности већ као скупа правних институција у њих сврстаних, а често и низа типичних правних инструмената. Отуда се и представа о целини оптерећивала и некако заклањала предоченим моментима садржине и форме да-

⁴⁰⁾ А. Тһоп, ор. с. 134—146.

⁴¹⁾ Вид. Г. Ф. Шершеневич, ор. с. стр. 513—587.

тих састојака. Остављајући по страни питање да ли и колико само разликовање садржине и форме баш одговара овим категоријама, може се запазити да у посматрању самих састојака, рецимо појединих правних аката, много упечатљивије и самим тим основаније делује разликовање садржинских и формалних момената него што се то исто постиже у погледу неких виших целина, па и ових двеју „правних области“. Зато често саме ознаке „садржина“ и „форма“ фигурирају као празне ознаке које ништа не показују.⁴²⁾ Додуше, неки од најзначајнијих представника оваквих гледишта, вероватно и због ширине и темељности својих филозофскоправних видокруга представљају позитивне изузетке утолико што својим захватима, разумевањем и дубинским анализама у потпуности оправдавају оперисање тим категоријама, као и њихову применљивост на разликовање „јавног“ и „приватног“ права.⁴³⁾ При томе, међутим, искрсава и питање колико овакво разликовање стоји у вези с разликовањем тзв. материјалног и тзв. формалног права, које такође представља по другом мерилу створене две „правне области“. То само показује да различита мерила могу садржавати исти термини, али и обратно. А када се то све претходно не рашчисти неизбежно настају разне нејасноће и неразумевања ствари.

У вези с овим врло су значајна темељна разматрања Т. Живановића⁴⁴⁾ који је више но иједан други правни филозоф и теоретичар претресао ову поделу не само каквом се показује у правној стварности него и како је она схваћена и објашњавана, а што је најважније и какве су могућности да се на тој основи врше синтетичка истраживања, конструисања јединства и разноврсности целе хијерархије појмова, у филозофији права и у појединим посебним дисциплинама. Он каже: „Да би се отстранила конфузија у решавању овог проблема, потребно је најпре претходно јасно издвојити *формална* обележја права од *материјалних* обележја његових. Затим ако се хоће да се деоба заснује на неком формалном или неком материјалном обележју права, онда треба образложити преимућство које се даје једноме од ова два обележја. Полазна *методолошка* грешка постојећих теорија, и формалних и материјалних лежи у томе, што се је све ово пропустило да учини. Место реченог произвољно се узима за критеријум деобе неки *формални* момент или *материјални*, и то према изнетом без обзира на њихов од-

⁴²⁾ Вид. О. А. German, *op. c.* S. 295—296.

⁴³⁾ Нпр. G. A. Walz, *Vom Wesen des öffentlichen Rechts*, Stuttgart, 1928, S. 23.

⁴⁴⁾ Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*. 1. Синтетичка филозофија права, 2. Синтетичка филозофија правних наука, изд. Научно дело, САНУ, Београд, 1959, стр. 347—508.

нос ка појму право.”⁴⁵⁾ Следствено томе он даје, како каже, потпуну дефиницију ових појмова. На једној страни, „... јавно право (јавна правна норма), *принудљива, људске радње и тиме односе између државе и појединаца и између држава уређујућа правна норма.*”⁴⁶⁾ На другој страни, „... *приватно право је принудљива, људске радње и тиме односе између појединаца уређујућа државна норма.*”⁴⁷⁾ Наравно, била би неопходна извесна анализа целога оваквог подухвата да би се утврдила вредност овог гледишта и тако датих дефиниција, што овде мора изостати.

С употребом друкчије терминологије, а вероватно и с одговарајућим модификацијама како у терминима тако и у схватањима, развијају се гледишта о различитости предмета и метода *правног регулисања* као основа за разграничење „јавног“ и „приватног“ права. Додуше, оваква мерила се чешће употребљавају када се жели разграничити и одредити нека „правна грана“, али начелно ништа не смета да се то учини и с овим „правним областима“. При томе, истицање „предмета“ овде означава, у ствари, подручје друштвеног живота, извесни скуп друштвених односа који изискују правну интервенцију, стварање подесних правних норми, а „метод“ обухвата све облике и инструменте који се подешавају, првенствено у формалном погледу, остваривању таквих задатака. Уколико та гледишта могу фигурирати као засебна и карактеристична група, што није лако утврдити, могло би се рећи да она бар претендује да истовремено обухвате и догичне целине права, али и да у то уклопе одговарајуће моменте.⁴⁸⁾ Због извесне уопштености и неразрађености неких од основних поставки ово гледиште се често стапа с неким друкчијим гледиштима.

б. — У ствари, када год се у неком гледишту третира „материја“ права захватају се и моменти који су типични и неизбежни пратилац коришћења *социјалних критеријума* за разликовање „јавног“ и „приватног“ права. Ови критеријуми, наиме, настају када се полази од било кога елемента друштвеног живота, тј. када се некако одлази с терена самог права и стаје на тло друштвеног живота, неког друштвеног феномена. При томе, околност да се увек мора на неки начин појавити друштвени живот сама по себи још не значи коришћење ових

⁴⁵⁾ Тома Живановић, *ор. с. стр. 372.*

⁴⁶⁾ Тома Живановић, *ор. с. стр. 378.*

⁴⁷⁾ Тома Живановић, *ор. с. стр. 375.*

⁴⁸⁾ Нпр. С. А. Голуноски, М. С. Строгович, *Теорија државе и права*, изд. Одбора за издавање предавања на Правном факултету у Београду, Београд, 1946, стр. 351.

критеријума. Неопходно је изразито условљавање и везивање ове подвојености права за неки друштвени феномен коме се приписује средишње место и улога. Па ипак ни то није тако јасно првенствено због тога што често баш такви феномени фигурирају у склопу самог права, као некакви правни моменти а не само друштвени.

Може се рећи да је готово свеprisутан и најважнији феномен *интереса* када се на било који начин указује на везу права и друштва. Разлог је у томе што заиста интереси у најразличитијим видовима испољавају се у друштвеном животу, па и у оним подручјима где се појављује правно регулисање. Интереси су покретачки чинилац људских акција, појединачних и групних, па самим тим и настаје маса различитих носилаца одговарајућих интереса. А што је карактеристично, интереси прате како оне везе међу људима у којима се огледа њихова сарадња тако и у свим ситуацијама када избијају некакви sukоби међу људима. Уколико се ради о виталним интересима друштва, појединих класа и осталих група, као и појединачна право се мора употребљавати као најпогоднији и неизбежан облик регулисања. Наравно, заједно с њим ту се налази и држава. И без обзира на то да ли се сматра да интереси представљају нешто изван права или се тврди да се интереси појављују у специфичном правном облику увек се о њима води рачуна, а када постану средишња тачка очигледно да могу бити и чинилац овакве деобе права. У многим варијантама развија се оваква поставка: јавно право настаје увек у вези с потребом испољавања неког изразито друштвеног, државног или класног и групног интереса, чији су носиоци дати у одговарајућим видовима, при чему непосредно или посредно као средство заштите фигурира државна принуда; на другој страни, приватно право се успоставља у вези с потребом уређивања појединачних интереса, али који су релативно осамостаљени од претходних и као такви сразмерно препуштени појединцима који при томе уживају правну заштиту. И поред тога што се у стварности тешко могу раздвајати такви интереси, бројни писци се држе овог критеријума.⁴⁹⁾ При томе се, наравно, покушава да стави нагласак на поједине моменте или да се укаже на неке тешкоће у провођењу оваквог критеријума.⁵⁰⁾ али и да се набу што кохерентније изведена решења.⁵¹⁾

⁴⁹⁾ T. Sternberg, Allgemeine Rechtslehre, Teil 2. Das System, Leipzig, 1904 S. 25.

⁵⁰⁾ Вид. Н. М. Коркунов, *оп. с. стр.* 177.

⁵¹⁾ Нпр. Norberto Bobio, *La grande dicotomia*, Studi in memoria di Carlo Esposito, Padova, 1974, p. 2087-2200.

У вези с овим или независно од тога указује се и на *циљеве* као основу за разликовање „јавног“ и „приватног“ права. Узимајући циљеве као својеврсне облике рационалног израза људских стремљења за чије остваривање је неопходна и употреба погодних средстава, знатан број писаца утврђује да је право баш тако изграђено како би се ти разноврсни циљеви могли остварити. Због разлике у циљевима, настају и разлике у праву. Тако, јавно право и настаје због тога да се остваре циљеви државе и друштва кога представља држава или некаква друштвена организаација; приватно право, пак, омогућује остваривање циљева појединаца. Без обзира да ли се то гледиште јавља у импресивном облику⁵²⁾ или фрагментарно и неиздиференцирано,⁵³⁾ очигледно је да се оваква гледишта непосредно ослањају на она о интересу или се с њима могу довести у везу.

Особито место и значај у друштвеном животу има *моћ* која се често обликује као *власт*, па на тој основи и јавља се одговарајући критеријум ове подвојености права. То је битна претпоставка или предуслов за успостављање два типа међусобних односа носилаца моћи и власти: када су приближно исте снаге настаје једнакост, а када су у том погледу разлике изразите неминовно се испољава неједнакост. А то је најдалекосежнија чињеница целокупног друштвеног живота, јер се непрекидно води борба за моћ и око моћи, а сходно томе и динамизују међусобни односи група и појединаца. У свему томе, пак, баш држава и право играју одлучујућу улогу. Следствено томе, неизбежно је и разликовање права на „јавно“ и „приватно“, прво се ствара утолико што држава као представник одређене класе или група намеће и обезбеђује своју власт, а „приватно“ право се успоставља у односима једнакости појединаца, па и свим осталим односима који се обликују попут њих, чак и када се ту појављује држава. И баш због тога што се ту државна власт и појављује у самом средишту, а она се сразмерно најлакше препознаје, добија се један бар упечатљив критеријум. Тиме се и објашњава не само постојање великог броја присталица овог гледишта.⁵⁴⁾ него и својеврсно потискивање феномена моћи као стварно друштвеног феномена, постављеног првенствено у друштвеном простору.

Такав карактер најбоље потврђује и често истицање неких елемената друштвеног поретка који су истовремено и по-

⁵²⁾ Рудолф Јеринг, *Циљ у праву*, превео Александар С. Борисављевић, Београд, Државна штампарија Краљевине Србије, 1894. свеска прва, 1894, стр. 200—322.

⁵³⁾ Вид. Heinrich Henkel, *op. c. S. 225—236.*

⁵⁴⁾ Нпр. Georg Jellinek, *op. c. S. 383—386.*

тврда постојања извесне моћи, али и њен најнепосреднији израз. Такав случај је, првенствено, с феноменом *својине* у њеним разним облицима, а пре свега као приватне својине. С обзиром да је то свакако најзначајнија чињеница економског живота људи неизбежно је и њено далекосежно дејство на право. Заправо, није тешко утврдити да право својине највећим делом мора изражавати баш ту чињеницу. При томе, међутим, и чињеница да се својина може појавити и у супротном облику, као неки вид јавне својине, још више намеће утисак о могућности стварања критеријума на тој основи. Иако то гледиште није свестрано и кохерентно заокружено, могло би се рећи да се оно своди на следеће: „јавно“ право се обликује утолико што држава као носилац јавне власти мора постављати опште оквире за режим приватне својине, а када је успостављена јавна својина онда самим тим надограђује се на тој основи и „јавно“ право; а „приватно“ право поприма огромне размере у друштву које има приватну својину, али и у друштву где она има другостепену улогу, али има карактер масовне појаве. Тако само сразмере својинских облика утичу и на сразмере њиховог дејства на овакву подвојеност права. Ипак, ваља рећи, ма како то парадоксално изгледало, да сви покушаји да се осветли значај својине ни издалека нису у складу с њеним стварним значајем.⁵⁵⁾ То је утолико чудније што иначе непрегледна маса радова сведочи о утврђеном простору за развој „приватног“ права у целини или његовог највећег дела под називом „грађанско право“. То као да представља само још једну потврду да се често од дрвећа не види шума, јер ту истицање разних других момената има за последицу заклањање основне чињенице.

7. — Поред мноштва гледишта која афирмишу поделу права на „јавно“ и „приватно“ постоје и врло ауторитативна оповргавања могућности и потребе за једном оваквом деобом. При томе, разлози се налазе како у неким методолошким и систематским оквирима и претпоставкама дотичних теорија тако и у неким снажно наглашеним тешкоћама да се образложе разлике између оваквих делова, па и у упозорењу на неке значајне околности које се иначе занемарују. Оваква *порицања* једне традиционалне поделе која иначе ужива малтене опште признање и самим тим статус једне општеприхваћене истине само илуструје релативност правног сазнања, истинитост поставки, критичке просторе који су непрекидно отворени итд.

⁵⁵⁾ Karl Renner, Socijalna funkcija pravnih instituta, Prilog kritici Građanskog prava, Preveo Bogomir Herman, Beograd Kultura, 1960, str 43-134.

Негаторска гледишта и поред тога што су „изузеци“ у огромној већини тиме ништа не губе у свом значају.

Такво гледиште заступа *Х. Келзен* који представља, ма како то парадоксално изгледало, и једног од најлуциднијих критичара традиционалне јуриспруденције, али и можда најзаслужнијег правног мислиоца модерног доба, који је у многоме довео до савршенства нека извођења баш традиционалне јуриспруденције. Он мисли да ниједно мерило тобожње подвојености права не задовољава, јер у стварности сваки од момената који се сматра специфичним за једну „правну област“ огледа се и у другој области. Отуда ради се о једном дуализму који је задобио такве размере првенствено зато што је израстао у оквирима снажне идеологије. Та подела, по њему, није научно заснована, али има идеолошку функцију.⁵⁶⁾ То је само један од видова удајања у правној стварности, који је само плод привида. Анализом чињеница, мисли он, тај привид се мора изгубити. Наравно, кад све то говори *Келзен* поистовећује правну стварност с правним нормама, јер је то једна од кључних теза његове „чисте теорије права“. Не улазећи у разматрање оваквог гледишта, може се само приметити да оно више води рачуна о датим премисама у својој општој теорији права, а мање уважава постојање чињеница које нуди, рецимо, грађанско право.

На другој теоријској основи и с друкчијим побудама развија једно негаторско становиште и *Л. Диги*, свакако један од најзначајнијих социолошки оријентисаних модерних теоретичара права. Он, наиме, сматра да модерни правни живот све више показује брисање ранијих стварних или привидних граница између појединих сфера, па чак и тамо где је неизбежно постојање и дејство таквог чиниоца какав је приватна својина. Сматрајући да она не представља некаква субјективна права, већ да се претвара или се потпуно претворила само у својеврсну социјалну функцију, *Л. Диги* у оквирима капитализма отклања оно што се иначе сматра главном подлогом „приватног“ права. Својим истраживањима преображаја „јавног“ и „приватног“ права *Л. Диги* је не само пољуљао увережену веру у неприкосновеност разних подела, него је дао крупне доприносе изучавању развојних тенденција модерног права. Но, све то изискује посебне анализе.⁵⁷⁾

У ред негаторских гледишта увршћују се и разни погледи настали на теоријским основама *социјализма*, а особито у вези с политичком праксом и правним искуством, који су довели до

⁵⁶⁾ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 285—287.

⁵⁷⁾ Леон Диги, *Преображаји јавног права*, превео Живојин П. Ристић, Београд, изд. Геце Кона, 1929, стр. 2—34.

радикалних преиспитивања како тековине традиционалне правне мисли тако и многе правне институције.⁵⁸⁾ При томе, пак, средишње место у аргументацији заузима анализа карактера *социјалистичке својине* као начина негације приватно-својинског односа. По тој анализи у социјализму чак и на почетним стадијумима његовог развоја нема места за „приватно“ право, јер је оно само пука надградња приватне својине. Услед тога, сматра се, право је јединствено и не трпи подвојености какве су могућне и неизбежне у оквирима класног друштва. Наравно, оваква општа схема у посматрању једне сложене проблематике изискује критичку процену, али то ће бити учињено у следећем поглављу овог текста. Овом напоменом то је само наговештено.

8. — У оваквом осврту никако не би смели изостати погледи великих филозофа модерног доба, поготову ако имају и одговарајуће место у развоју филозофскоправне мисли. Ради се, првенствено, о горостасима те мисли, који су не само ударили печат епохалног свести свога времена већ и битно утицали на целокупна кретања те мисли касније, на основне токове и оријентације. То су *Кант*, *Хегел* и *Маркс* као највећи и најтипичнији представници различитих филозофских система и утемељивачи трију струја — *кантизма*, *хегелизма* и *марксизма*, испољених у политичкој и правној филозофији, поред осталог. Ово се мора учинити тим пре што, на жалост, уобичајена третирања проблематике разликовања „јавног“ и „приватног“ права напосто пренебрегавају њихове погледе, вероватно због својеврсне инерције и илузије да се ова проблематика развијала искључиво на терену права и правне мисли, без неких знатнијих утицаја филозофије.

Већ на основу летимичног увида у *Кантову правну и политичку филозофију* може се установити да се он позабавио, у склопу свог целокупног система и у релевантним списима, питањем разликовања „јавног“ и „приватног“ права. Пошто је дефинисао право као „... скуп услова под којима се хтење једнога по неком општем закону слободе може сјединити са хтењем другога.“⁵⁹⁾ Кант утврђује да то постоји када је успостављено *правно стање*, као облик живота у коме је превазиђено природно и дивље стање, а уз то долази и оформљена *политичка заједница* (*Gemeinwesen*), што је, у ствари, држава. Међутим, занимљиво је да Кант под *приватним правом* подразумева и оно

⁵⁸⁾ Нпр. Ј. В. Пашуканис, *Општа теорија права и марксизам*, Покушaj критике основних правних поjmова, Сарајево, изд. Веселин Маслеша, 1958, стр. 57, 93, 116, 145.

⁵⁹⁾ Imanuel Kant, *Metafizika čudoređa*, превео Виктор Д. Sonnenfeld, Сарајево, изд. Веселин Маслеша, 1967, стр. 32.

што постоји у природном стању, а не само у правно-државном стању. Јер, то право се тиче првенствено спољних предмета, па га зато и означава као „...скуп оних закона којима није потребно спољно објављивање.“⁶⁰⁾ Тако Кант даје појмовне оквире за анализу уобичајених питања и дотад и касније: о стварном праву, располагању имовином, о разним уговорима, о личним правима итд. То је, по Канту, прво подручје људске слободе, деловања човека као приватног лица, употребе човековог разума и ума, постојања иманентних сврха и рационално постављених циљева итд. Све је то тако удешено и регулисано како би се могло, како Кант каже, довољно разазнати *шта је Моје и Твоје*.⁶¹⁾ По томе се јасно види да Кант настоји да укаже не само на својинске и имовинске услове испољавања људске слободе него и на остале околности у којима се слобода може остваривати. То остваривање се врши у држави као политички организованој заједници, а затим и у међународној заједници. Зато се и успоставља *јавно право* које Кант означава као „...скуп закона којима је потребно јавно објављивање.“⁶²⁾ Делови или начини испољавања тога права су *државно право*, затим *право народа* и, најзад *право грађана света*. Доводећи у везу напред наведени општи појам права са овим, Кант каже: „*Право* је ограничење слободе свакога појединачно, уз услов да се она слаже са слободом сваког другог, уколико је ова могућа према општем закону, а *јавно право* је скуп спољашњих закона, који чине могућним једно такво опште слагање.“⁶³⁾ При томе је за Канта карактеристично да много инсистира на ставу да баш ово право карактерише форма публиковање, објављивања, обнародовања. Штавише, Кант говори о „форми публицитета“ као битном обележју „целокупне материје јавног права.“⁶⁴⁾ По њему, у томе треба гледати и својеврсну „*трансценденталну формулу јавног права*.“⁶⁵⁾ На ово се ослањају и одатле проистичу и остале карактеристике права. Пошто је тако одредио појмове јавног и приватног права, Кант истовремено указује на главне моменте организовања политичког живота људи у држави и међународној заједници. Прихватајући идеју *природног права*, додуше често и прећутно и само фрагментарно представљену, он особито велики значај придаје моралном животу људи

⁶⁰⁾ Imanuel Kant, op. c. стр. 11

⁶¹⁾ Imanuel Kant op. c. стр. 45, 73, 86.

⁶²⁾ Imanuel Kant, op. c. стр. 12.

⁶³⁾ Imanuel Kant, Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države, izbor, redakcija prevod i predgovor Danilo N. Basta velika edicija Ideja, Beograd, 1974, str. 102.

⁶⁴⁾ Imanuel Kant, op. c. стр. 164.

⁶⁵⁾ Imanuel Kant, op. c. стр. 165.

и целе заједнице. Зато политички живот и организовање, у оквирима и државе и међународне заједнице, подређује моралним захтевима. Иако држава представља организацију која употребљава и силу, она има и задатке које остварује у складу са извесним вишим сврхама.⁶⁶⁾ Али, пошто у стварном животу и непрестаним међународним сукобима и ратовима угрожава се и опстанак држава и живот појединаца, Кант сматра да се мора тражити успостављање *вечног мира*. Само у таквим условима појединци могу живети као грађани појединих држава, али и као грађани света. С таквим општим погледом Кант указује и на међусобни однос јавног и приватног права. Он наглашава да се мора разликовати испољавање приватне и јавне воље, као и јавна и приватна употреба ума, па и опште деловање човека као јавне личности и приватног лица. „Jus naturae се састоји у општем блаженству, уколико га је могућно успоставити путем усаглашавања приватних самовоља. Jus publicum се састоји од средстава којима се то стање активира.“⁶⁷⁾ Своје међусобне односе у грађанском и правном стању појединци уређују помоћу права: „... људи, како у приватним, тако и у јавним односима не могу заобићи појам права, те се не усуђују да политику отворено граде само на мудролијама и да тиме појму јавног права одрекну сваку послушност...“⁶⁸⁾ Имајући у виду правно стање, Кант примећује: „Без тога нема јавног права, те је свако право које се може замислити ван тога стања само приватно право.“⁶⁹⁾ Значајно је да Кант указује и на законитост: „Грађанско стање јесте стање у ком се грађани подређују закону као поданици.“⁷⁰⁾ И одмах додаје: „Правила законитости садрже услове под којима свако може да конституише право.“⁷¹⁾ Уз то Кант исказује и дубоку мисао: „Међутим, основи на којима се право уопште конституише припадају спољашњој правди.“⁷²⁾

Што се тиче *Хегеловог погледа* на ову проблематику одмах ваља истаћи његову изузетну сложеност, неопходност да се разумева у склопу његовог гигантског филозофског система, специфична значења главних појмова итд. Чак Хегел оставља многе у недоумици како одређује сам појам права, јер каже: „Стога појам права, по свом *настајању*, пада изван знаности

⁶⁶⁾ Вид. Danilo N. Basta, *Poreklo i svrha države u Kantovoj političkoj filozofiji*, Filozofske studije, Beograd 1973, str. 71—138.

⁶⁷⁾ Imanuel Kant, *Um i Sloboda*, str. 211.

⁶⁸⁾ Imanuel Kant, *op. c.* стр. 160.

⁶⁹⁾ Imanuel Kant, *op. c.* стр. 167.

⁷⁰⁾ Imanuel Kant, *op. c.* стр. 210.

⁷¹⁾ Imanuel Kant, *op. c.* 210.

⁷²⁾ Imanuel Kant, *op. c.* 210.

права, његова се дедукција овдје претпоставља и као даног ваља га прихватити.”⁷³⁾ А мало касније читамо: „Тло је права уопће оно духовно, а његово поближе мјесто и исходиште воља, која је слободна, тако да слобода чини његову суштанцију и одређење, а правни је систем царство озбиљене слободе, свијет духа произведен из њега самога као друга природа.”⁷⁴⁾ Коментаришући Кантов покушај да утврди општи појам права, Хегел кратко констатује: „То: да је опстанак уопће опстанак слободне воље, јест право. — Оно је тиме уопће слобода, као идеја.”⁷⁵⁾ Но, Хегел узима термин право као многозначан, јер га или поистовећује с неким другим терминима и њиховом садржином, а наиме природно право, позитивно право, закон, овлашћење — Међутим, треба одмах нагласити, Хегел уместо разликовања „јавног“ и „приватног“ права уводи као главну поделу на апстрактно право и државно право. Онај први део назива још и формално право, јер каже: „Егзистенција коју особа даје својој слободи јест власништво. Право као такво јест формално, апстрактно право.”⁷⁶⁾ У том оквиру он разматра пре свега власништво у његовим основним видовима, а затим запоседање, употребу ствари, отуђивање власништва итд. После тога претреса питање уговора као облика испољавања права. Као супротности или негације права јавља се неправо, условљено неким недостатком воља, преваром, силом и злочином. Већ по томе се види да Хегел има у виду и закон и овлашћења дата субјектима или која им природно припадају, па на тој основи изражавају своју вољу и остварују своју слободу у непосредној сфери свог живота. — Прелаз из те сфере представља моралитет у коме се налази субјективна свест људи, важна сама по себи, али и када се доведе у везу с правом. — Од моралитета се прелази на обичајност (Хегел каже *Sittlichkeit*, што је немачки еквивалент за *etos*, па сматрам да би одговарао наш израз *наравност!*) која се јавља као породица, грађанско друштво и држава. При том, прва два вида, чини се, представљају подручје на којем се истовремено и заједно јављају и апстрактно и државно право, јер Хегел ту говори о имовини породице, о раду и потребама, па и о имовини која фигурира у грађанском друштву, али ту се испољавају и закони, ту делује полиција, затим разне корпорације, суд итд. што све, очигледно, има везе с државним правом. Али, прави оквир за државно пра-

⁷³⁾ Geogr Wilhelm Friedrich Hegel, Osnovne crte filozofije prava, preveo Danko Grlić, Sarajevo, izd. Veselin Masleša, 1964, str. 23.

⁷⁴⁾ G. W. F. Hegel, op. c. str. 31—32.

⁷⁵⁾ G. W. F. Hegel, op. c. str. 47.

⁷⁶⁾ G. W. F. Hegel, Enciklopedija filozofijskih znanosti, preveo Viktor D. Sonnenfeld, Sarajevo, izd. Veselin Masleša, str. 405.

во јесте само држава. То право Хегел даље дели на *унутрашње право државе* и *спољашње државно право*. — Види се, дакле, да у тим главним класификацијама Хегел не помиње ни приватно ни јавно право. Ипак, у току својих разматрања Хегел користи и ове термине. По свему судећи, он то чини када жели да нагласи разлику и супротност који настају између појединаца и државе. Хегел каже: „У односу на сферу породице, приватног права и приватне добробити, држава је спољашња нужност, чија се праведност одређује на њима као једнакост, њихови закони су, с једне стране, подређени природи државе и зависе од ње, али држава садржи слободу у њиховој реалности и има истинску снагу само уколико су ове сфере самостално развијене у њој, а њихови посебни интереси имају у односу на њу *дужности* само уколико су то властита *права* која је признала држава.”⁷⁷⁾ Судећи по томе, Хегел ограничава приватно право на сферу породичног живота и живота у грађанском друштву, где су битни приватно добро и приватна добробит, а држава је носилац општег добра и опште добробити. Зато прва сфера мора бити подређена овој другој, па не може ни постојати сама по себи и сама за себе.⁷⁸⁾

Уопште узевши, по много чему најзначајнија су *Марксова разматрања* о „јавном“ и „приватном“ праву. Његове поставке, наравно укључујући и Енгелсове, расуте су по целокупном опусу, па то изазива извесне тешкоће. Међутим, имају капиталан значај, па се морају имати у виду и када касније у трећем поглављу буду претресане неке важне тачке ове проблематике, поготову зато што до сада нису довољно уважаване чак ни у тематски ограниченим радовима с претензијом да су марксистички. — Марксова схватања су изграђена у супростављању и критици Хегелових схватања: „Римљани су заправо први разрадили *право приватног власништва*, апстрактно право, приватно право, право апстрактног лица. *Римско приватно право је приватно право у својој класичној разради*. Међутим, код Римљана нигдје не налазимо, као код Нијемаца, да се право приватног власништва мистифицира. Ово право исто тако нигдје није постало *државним правом*.”⁷⁹⁾ Упоређујући римско и германско право, Маркс вели: „Мада је врхунац у развоју права приватног власништва, приватног права, достигнут у императорског периоду, то је била прије последица политичког

⁷⁷⁾ G. W. F. Hegel, *Pravni i politički spisi*, prevela Olga Kostrešević, Beograd, Nolit, 1981, str. 284.

⁷⁸⁾ G. W. F. Hegel, *Osnovne crte...* str. 116.

⁷⁹⁾ K. Marks, *Kritika Hegelove filozofije državnog prava*, Dela, tom 3, Beograd, Prosveta, 1971, str. 95—96.

распадања него што је политичко распадање било посљедица приватног власништва. Осим тога, у Риму се државно право почело распадати и било је укинато чим је приватно право достигло пуни развитак. У Њемачкој се десило обрнуто.”⁸⁰⁾ По Марксу, то је утицало и на Хегелова гледишта: „Хегел означава приватно право као *право апстрактне личности* или као *апстрактно право*. У ствари ово право мора да се посматра као *апстракција* права и, према томе, као *илузорно право апстрактне личности*, онако као што је морал, по Хегелу, *илузорно опстајање апстрактне субјективности*. Хегел развија приватно право и морал као апстракцију такве врсте, из чега за њега не слиједи да држава, обичајност, која има као претпоставку ове моменте, може бити нешто друго него *социјетет* (социјални живот) ових илузија; обрнуто, он закључује да су то субалтерни моменти тога обичајног живота. Али, што је *приватно право* (ово и до краја цитата ја сам подвукао С. В.) друго него право ових субјеката државе, и шта је морал друго него морал тих истих субјеката? Или, тачније, лице *приватног права* и субјект морала јесу *лица* и *субјект* државе. Хегел је био више пута нападан због свог извођења морала. Али он није ништа друго учинио осим што је разматрао морал модерне државе и модерног *приватног права*.”⁸¹⁾ Коментаришући значај Хегелове формулације у § 262, Маркс показује далекосежни смисао става да се идеја, дух дели у два сфере, у фамилију и грађанско друштво, па се личности тако подвајају, а с таквим подвојеношћима се и повезује држава, па закључује: „У овом параграфу је дан сав мистериј правне филозофије и Хегелове филозофије уопће.”⁸²⁾ А то је у непосредној вези с Хегеловим третирањем места и улоге приватне својине у обликовању приватног права. По Марксу, „оно што сам Хегел каже о сфери приватног права.”⁸³⁾ на низу места потврђује његово настојање да свестрано осветли овај момент, па зато и обраћа пажњу на остатке феудалне својине и почетне видове капиталистичке својине. „Док Хегел овдје, у *приватном праву*, схваћа *отуђеност* и зависност приватног власништва од *заједничке воље* као њен *истински идеализам*, он, обрнуто, у *државном праву* слави имагинарну узвишеност независног власништва у супротности према „несигурности обрта, страсти за добити, промјенљивости посједа и зависности од државне имовине. „Каква је то држава која не може да поднесе чак ни идеализам приватног права? Каква је

⁸⁰⁾ К. Marks, op. c. str. 96.

⁸¹⁾ К. Marks, op. c. str. 94.

⁸²⁾ К. Marks, op. c. str. 9.

⁸³⁾ К. Marks, op. c. str. 88.

то правна филозофија у којој самосталност приватног власништва има друкчије значење у приватном него у државном праву?⁸⁴⁾ Касније и другом приликом Маркс овако сумарно оцењује Хегелове дијалектичке конструкције: „Тако је, на примјер, у Хегеловој филозофији права укинута *приватно право* једнако *моралу*, укинута морал једнак *породици*, укинута породица једнака *грађанском друштву*, укинута грађанско друштво једнака *држави*, укинута држава једнака је *свјетској историји*. У *збиљности* приватно право, морал, породица, грађанско друштво, држава итд. постоје и даље, само су постали моменти, егзистенције и начини постојања човјека, који не вриједи изолитирано, који се узајамно поништавају и производе итд. *Моменти кретања.*”⁸⁵⁾ — Међутим, прави домашај таквих Марксових критичких преиспитивања показао се следећих година, у низу списка. С изградњом одговарајућег појмовног апарата развија он и низ поставке које спецификују откриће и тековине историјског материјализма, а нарочито што се тиче државе и права. На једном месту он указује на везу друштва и државе, па самим тим и права: „*Анархија* је закон грађанског друштва ослобођеног од *привилегија* које разврставају, и *анархија грађанског друштва* је основа модерног *јавног поретка*, као што је јавни поредак опет са своје стране јамство ове анархије. Колико су обоје супротни једно другом толико се узајамно условљавају.”⁸⁶⁾ Али у контексту истог разматрања Маркс истиче и релацију појединач — друштво — држава: „Дакле, *природна нужност, својства људског бића*, колико год изгледала отуђена, *интерес*, то је оно што држи скупа чланове грађанског друштва, *грађански*, а не *политички* живот јесте њихова *реална* веза. Дакле, атоме грађанског друштва не држи скупа држава него то што су они *атоми* само у *представи*, на *небесима* свог уображења — а у *стварности* су силно од атома различита бића, наиме нису *божански егоисти* него су егоистични људи. Само *политичко празноверје* замишља још дан-данас да држава мора држати грађански живот, док, обрнуто, у стварности државу држи скупа грађански живот.”⁸⁷⁾ Мада овде непосредно не помиње право, очигледно је да се све то тиче и права. Касније ће развијати поставке као што су: „Право је само званично признање чињеница.”⁸⁸⁾ Та чињеница означава да су успо-

⁸⁴⁾ K. Marks, op. c. str. 89.

⁸⁵⁾ K. Marks, Ekonomsko-filozofski rukopisi, Dela, tom 3, str. 271.

⁸⁶⁾ K. Marks, F. Engels, Sveta porodica, preveo Dr Svetomir Ristić, Beograd, Kultura, 1964, str. 143.

⁸⁷⁾ K. Marks, F. Engels, op. c. str. 148.

⁸⁸⁾ K. Marks, Bijeda filozofije, preveo Rodoljub Čolaković, Beograd, Prosveta — BIGZ, 1971, str. 46.

стављени одговарајући односи у друштву: „Законодавство, како политичко, тако и цивилно, само проглашује, протоколише вољу економских односа.“⁸⁹⁾ ја сам подвукао. С. В.). Тај став се мора довести и у везу са познатом крилатицом о праву, често наведеном као Марксова дефиниција права: „... само у закон претворена... воља... класе, воља чија је садржина дата у материјалним условима живота... класе.“⁹⁰⁾ И задржавајући непрекидно разликовање *грађанског друштва* и *политичке државе*, а такође *јавног права* и *приватног права*, Маркс ставља у средиште питања слободе човека, људске еманципације као вишег степена него што је политичка еманципација, при чему не потцењује ни значај модерне државе и модерног права. Он примећује: „Супротност демократске представничке државе и грађанског друштва јесте довршење класичне супротности између јавне заједнице и ропства.“⁹¹⁾ Таква држава је оптерећена иманентним супротностима: „Она се заснива на противречности *јавног* и *приватног живота*, на противречности између *опћих интереса* и *посебних интереса*.“⁹²⁾ — И Енгелс се често освртао на ове ствари и при том формулисао јасне поставке. Он каже: „Ако економски односи одређују државу и државно право, онда они, наравно, одређују и приватно право, које у суштини само санкционише постојеће, у датим условима нормалне економске односе између појединаца.“⁹³⁾ А на другом месту Енгелс пише: „... код теоретичара државног права и јуриста, приватног права губи се сасвим веза с економским чињеницама. Пошто у сваком случају економске чињенице морају узети облик правних мотива да би добиле законску санкцију, и пошто се притом, наравно, мора водити рачуна о читавом постојећем правном систему, правни облик треба да буде све, а економски садржај ништа. Државно и приватно право третирају се као две самосталне области које се историјски независно развијају, које се могу и које треба саме за себе систематски приказати путем доследног искорењивања унутрашњих противречности.“⁹⁴⁾ (у оба последња цитата подвлачења су моја С. В.). — Наравно, ови цитати треба само да илуструју гледиште Маркса и Енгелса, а за потпуно предочавање би било неопходно

⁸⁹⁾ К. Marks, *op. c.* str. 44.

⁹⁰⁾ К. Маркс, Ф. Енгелс, Манифест Комунистичке Партије, Изабрана дела, том I. Београд, 1949, стр. 30.

⁹¹⁾ К. Marks, F. Engels, *Sveta porodica*, str. 142.

⁹²⁾ К. Marks, *Kritika Hegelove filozofije državnog prava* str. 148.

⁹³⁾ Ф. Енгелс, Лудвиг Фојербах и крај класичне немачке филозофије, у књизи К. Маркс и Ф. Енгелс, Изабрана дела, том II, Београд, 1950, Култура, стр. 283.

⁹⁴⁾ Ф. Енгелс, *op. c.* стр. 84—85.

темељније претресање ових и многих других исказа. То овде није могуће, а било би и излишно.

9. — Оцртавши овако низ гледишта која (изузев Марксовог) припадају *традиционалној јуриспруденцији*, можемо се позабавити питањем опште оцене тих резултата, а нарочито основним разлозима њихових недостатака. У ствари, све оно што битно карактерише традиционалну јуриспруденцију у потпуности је потврђено и нарочито упечатљиво предочено у третирању поделе права на „јавно” и „приватно”. Али, пошто сви недостаци проистичу из мањкавости самих филозофских претпоставки, из онтолошких оквира самог појмљења права, из томе примерене гносеолошке оријентације и методологије која подразумева и одговарајуће истраживачке поступке, из аксиолошких равни које се имплицитно дају или експлицитно значајују — за ову прилику довољне ће бити само неке напомене. Уосталом, да су такве напомене неизбежне и када се критички процењују само неки од момената ове проблематике показују не само они најлуциднији захвати учињени баш с тим циљем⁹⁵) него и сам развој и ток третирања многих тзв. нерешених и тзв. нерешивих питања, поред многих других, и на овом подручју. Наиме, традиционална јуриспруденција се непрекидно креће у кругу створених контроверзи, без изгледа да се те контроверзе разреше и да се из тога круга изиђе. За то су неопходни радикални заокрети, а тако нешто неизводљиво је на тлу традиционалне јуриспруденције.

Такве далекосежне констатације, наравно, некемо могу изгледати претеране, нарочито ако је склон да придаје мањи значај оваквим питањима, а још више ако с „овлашном комозијом” прихвата привиде ваљаности оних уобичајених начина посматрања ових ствари. Кад, рецимо Х. Келзен овако сведе резултате: „Традиционална теорија под приватним правом подразумева норме које прописују обавезе и права између приватних лица, а под јавним правом норме које прописују обавезе и права између државе, на једној страни, и приватних лица, на другој.”⁹⁶) — онда, чак, у први мах може се стећи утисак да је све јасно толико да јасније и не може бити, да ту и нема неких проблема, да је овим „све решено” итд. Невоља је, међутим, у томе што су сви поменути појмови и цео исказ такви да се могу „дешифровати” само после извесне анализе, Уоста-

⁹⁵) Hans Relsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, zweite Auflage, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, S. 629, 655, 702.

⁹⁶) Hans Kelzen, Општа теорија права и држава, Београд, превод, 1951, стр. 198.

лам, и сам Келзен је на истом месту изнео и свој закључак (који сам цитирао у т.1 овог поглавља) о немоћи традиционалне правне науке да одреди јасне критеријуме разликовања ових делова права.

По мом мишљењу, све битне слабости традиционалне јуриспруденције огледају се у њеном *третирању појма права*, што се протеже и на конципирање целе ове проблематике. И поред њених различитих токова, владајуће позиције изборило је схватање права које најбоље и најдоследније формулише *модерни нормативизам*. Захваљујући томе, наметнут је и у мисли и у пракси један појам права који је задобио снагу неприкосновене *догме*, појам који је само плод сложеног јуристичког илузионизма а то значи да се у њему налазе корени дубоких заблуда и предрасуда. Тај и такав појам права садржи претпоставку да се феномен права састоји искључиво од *правних норми* при чему, међутим, изостаје неопходно разјашњење у чему се саме правне норме састоје, шта су оне, какви су то феномени. У ствари, правна норма се на изврстан начин мистификује, али самом магијом тога термина успева се створити илузија о њеној „саморазумљивости“. На жалост, тај појам је потпуно неодређен, па је и његово значење неухватљиво и химерично. При томе, некритичким просуђивањем веза између *појма права* и *појма правне норме* настаје „превид“ који повлачи за собом и све остале нелогичности, па и бесмислице. Наиме, ту се врши својеврсна замена појмова, при чему један појам, који би требало да се тиче одређене целине (тј. права) замењује се једним појмом који се тиче једног дела те целине (тј, правна норма). Истовремено се врши поистовећење ових двају појмова, иако је то потпуно нелогична операција. Поистовећењем двају феномена, између којих постоји наравно нужна веза, свођењем појма права на појам правне норме, потпуно произвољним замењивањем ових појмова, следе и остале далекосежне консеквенце. Најзначајнија је теза да је правна норма једини носилац специфичне „правне супстанце“, да је она једини израз некакве тобожње „аутентичне правности“. Тако се самој норми приписују некаква изузетна својства, а она се уздижу на некакво химеричко постоље за које нису „достојни“ никакви други, евентуално, правни феномени (нпр. правни субјекти, правни акти, правни односи, правни објекти итд.). Ови феномени су срозани готово у просторе некаквих или изванправних или из правних норми изведених, правним нормама конструисаних творевина. У таквој представи правне норме су мистични демидург, тајанствени творитељ ових спореднијих деривата. А што је најважније, тако се конструира представа о постојању некаквог *специфичног правног света*, који је, дакле, поистове-

ћен са светом правних норми. У томе свету самим тим и нема места за неке друге правне феномене. Правне норме су све и свја, од њих се увек и свуда мора полазити и њима се све мора враћати. Остали правни феномени као такви, са сопственим бићем не располажу „аутентичном правношћу“ и зато нису у стању да учествују у изградњи *правног света* и да му есенцијално припадају. Они су напросто постављени изван тог света.

Наравно, кад би те ствари биле сасвим просте и очигледне, вероватно би се у традиционалној јуриспруденцији и то сагледало, бар у таквим контроверзним разматрањима каква су на терену разликовања „јавног“ и „приватног“ права. Уместо тога, међутим, да се држе терена правне норме и да траже само на том терену критеријуме разликовања, што само понеко чини, огромна већина трага за другим критеријумима. Зато су оцртана гледишта горе разврстана у три групе: интранормни критеријуми, екстранормни критеријуми и социјални критеријуми. То је својеврсно „несвесно“ признање ускости и неадекватности нормативистичког појма права, немогућности да се у његовом оквиру решавају и оваква питања.

С таквим третирањем појма и хипостазирањем феномена правне норме, разуме се, традиционална јуриспруденција је стварала и представу о појму *правног система* и својеврсно предубеђење да се у подели на „јавно“ и „приватно“ право ради само о — систематизацији правних норми које врши правна наука. И ни о чему више! Не узимајући у обзир ни основну ствар — да је *једно* сам систем права, а сасвим *друго* систематизација коју врши правна наука, јер прво припада самој *правној стварности* или свету права, па ма како овај био схваћен, а *друго* припада само науци као скупу знања о праву, па и знања која се тичу *правног система* — многи писци се упуштају у празне конструкције уместо да покушају да опишу и објасне евентуалне разлике које настају оваквом *подвојеношћу* унутар права. Самим тим слика о целокупној проблематици се потпуно изокреће, па испада да је систем права проистекао из систематизаторске делатности правне науке. А с таквом изокренутом представом, наравно, као најважније се привиђа, и баш јавља у облику типичног привида, изналажење и постављање некаквог *критеријума* или *мерила* сходно коме ваља разврставати, класификовати правне норме (баш њих и ништа више!). И, наравно, постављање таквих задатака привиђа се само као некакво техничко питање, као посао правне технике, који као такав може имати само технички карактер и значење. Практично то значи да од тога зависи само то како ће се извршити *разграничење* између створених корпуса позитивноправних дисциплина, названих „јавноправним“ и „приватноправним“, следствено датим

називима односних „правних области“, и још више између појединих дисциплина у њих сврстаних, сходно захвату одговарајућих „правних грана“. Ма како парадоксално изгледало, оваквом „технизацијом“ се само на један посебан начин врши „идеологизација“ целокупне ове проблематике. Али и обратно, својеврсна „идеологизација“ води у својеврсну „технизацију“ једне *слојевите проблематике*, повезане с мноштвом околности и зато испуњене мноштвом момената.

Ако би се, међутим, трагало ца неким дубљим поводима насталих погрешки у полазиштима и створеним контроверзама, онда би се до тога дошло како критичким претресањем било неких најутицајнијих гледишта, било сагледавањем општег стања правне мисли и нагомиланих резултата на овом пољу. На тај начин би се могло доћи до закључка да се основни разлог насталих слабости и погрешки налази у дубоко увреженом *редукционизму* који, истовремено, преплављује и све просторе на којим се та мисао испољава. Редукционизам прати и карактерише филозофско-теоријске рефлексije и дубинске анализе, али је уткан и у методолошку основу и начине истраживања целокупног права, а то значи да обележава чак и емпиријско-практична изучавања и овог предмета. То је начин мишљења и сазнавања права, који је оптерећен непрекидном тежњом да се пронађе и афирмише *само један момент*, уз истовремено настојање да се сви остали моменти занемаре. У најупорније проведеном редукционизму многи и различити моменти у структури дате појаве, чије се постојање иначе запажа, подвргнути су *логичком свођењу на један момент* који се самим тим и неизбежно хипостазира, добија нереалне размере, место и улогу. Тај редукционизам је фатално оптерећивао правну мисао током целе историје, а свој врхунац и најчистији израз је задобио у славној — и не случајно тако названој — Келзеновој „чистој теорији права“. Међутим, редукционизам се појављује и у свим другим схватањима, па чак и оним која су изразито социолошка, ако се у третирању датог предмета испољава поменута једностраност и усмереност само на неки од постојећих момената. Самим тим се добија искривљена слика о предмету који се истражује. То се увек, али на нов начин и у новим видовима потврђује.

Тај *редукционистички манир*, разуме се у мноштву варијаната, потврђен је баш у безуспешном трагању за једним и „правим“ *критеријумом* или мерилом класификације правних норми, а ређе и уз то и у трагањима за једним и „правим“ *разлогом* диференцијације унутар права. И не осећајући све замке и противречности свог начина мишљења и третирања овог предмета, сви редукционисти су настојали да иффорсирају ар-

гументе за своје мерило, али и да обезвреде аргументе осталих схватања. У таквој својој заокупљености, међутим, многи су напросто чак заборавили оно што је за њих битно, тј. правне норме или правна правила. Зато су врло брзо и олаако напуштали оквире правне норме и трагали за другим моментима који би могли послужити као основа за разграничење „јавног” и „приватног” права. Тако су и настала она типична гледишта, са свим особеностима, стварним и привидним међусобним разликама. Само тиме се може објаснити толико придавање значаја овде разним другим правним феноменима, мимо, поред и изван саме правне норме. Разматрања о специфичностима својстава *правног субјекта, правног односа, правних аката, државне власти*, тзв. *субјективног права, интереса, воље*, итд. која се доиста или привидно показују на овим дводелинама права — само су потврђивала ограниченост домашаја свих редукционизама. Оно што је било неизбежно у таквим третирањима овог предмета јесте само *умножавање* критеријума, па самим тим и концепција и њихових варијаната, али не и њихова научна утемељеност и плодноност. То је могло допринети стварању слике о разгранатости истраживања, различитости могућности и мишљења, али не и поузданом и дубинском истраживању ових суштинских момената у вези с тим разликама. Ма како било чудно, тако је само појачавана сумња у вредност постављених критеријума и могућност дотичне поделе. Редукционистичко трагање је открило *мноштво момената*, па самим тим и *сложаност* овог предмета, а нарочито околност да се ту налазе сплетови *специфично-правних*, али и *специфично-друштвених момената*. Сви они не могу бити једнако значајни и релевантни за ову поделу па је тако цела проблематика оптерећивана привидним проблемима. Зато се дешава да неки споредан и безначајан момент бива истицан као полазиште и као мерило ове поделе, па се показује уским, неадекватним и на разне начине неприкладним.

III. *Поларизација модерног права на „јавну” и „приватну” сферу*

На основу свега што је напред изложено лако се намеће констатација да разликовање „јавног” и „приватног” права изискује темељно преиспитивање. Ако је традиционална јуриспруденција и у погледу овог предмета показала своје иманентне недостатке, онда то значи да уз критику њених резултата имају своје место и оправдање покушаји да се покажу могућности друкчијих и нових захвата овог предмета, да се превазилаже-

њем створених наслага уносе мање или веће новине, да се с указивањем на својеврсну суженост хоризонта откривају и далеко шири простори посматрања ових ствари. Ово утолико пре и више што подстицаје пружају не само досадашњи резултати правне мисли него и нагомилана огромна искуства *модерног права*. Ово право, пак, обухвата своја два вида: *капиталистичко право* које се развијало током два последња столећа у најразвијенијим земљама и *социјалистичко право* које се изграђује заједно с изградњом социјалистичког друштвеног поретка у низу земаља током последњих неколико деценија. У ствари, ова два вида модерног права имају своје особености, а то значи и сличности и разлике, што се све огледа, поред осталог, и на разликовању „јавног“ и „приватног“ права. Штавише, по много чему и умногоме баш у томе се налазе карактеристични показатељи и њихових суштинских својстава и спољних обележја. Следствено томе, сва односна *теоријска конципирања* ове проблематике и *практична остварења* у правном искуству, свака на свој начин, потврђују и њихове привидне и реалне разлике, али истовремено и такве сличности.

1. — С таквим опредељењем и с таквим усмерењем, наравно, неопходно је утврдити *коренито друкчија полазишта* у третирању овакво сложеног и контроверзног предмета. То значи, пре свега, да се мора операционализовати једно појмљење права које пружа много шире оквире и много веће могућности него што их, тако рећи, намеће традиционални и уски појам права. На таквој подлози једино се могу развијати и друкчије *поставке* као окоснице целокупног разматрања, а тиме и обликовати садржина одговарајућих знања у склопу датих засебних правних дисциплина.

Морају се напуштати илузионистичке представе и предрасуде предодребене нормативистичким појмом права. Ако се уопште жели заиста мислити о *правној стварности*, о праву као специфичној *друштвеној творевини* која не настаје и не обитава само у људским главама, у вољи и свести људи, него првенствено у самој друштвеној стварности, као једна изванредно сложена и многоелементна творевина, која је *објективно функционисана* — онда се оно не може поистовећивати са правним нормама. Право не представљају само правне норме, засебно или скупа посматране, него у њега улазе, поред оног што се назива правним нормама, и остали елементи права, а то су правни субјекти, правни акти, правни односи, правни објекти итд. Сви наведени елементи су *подједнако* и сваки на свој начин носиоци и садржатељи *специфичне правности* и само захваљујући томе успо-

ставља се *целокупност* и *целовитост* права као засебне друштвене творевине. Само оваква представа о праву може водити заиста *реалистичком*, а не *нормативистичком* појму права. С таквим појмом права једино се може свестрано захватити један од најзначајнијих делова друштвене стварности и на одговарајући начин анализовати. Таква представа о праву и појам који је у складу с тим конструисан омогућује мислено и практично кретање целокупним простором правне стварности, а не само оним који је назначен „светом правних норми“. Такав појам права се умногоме и скоро поистовећује с појмом *правне структуре*, која и није ништа друго до *стварни* свет права, у његовој специфичности, уобличености, сложености, међусобној повезаности и прожетости назначених елемената. — При томе, веома је значајно и незаобилазно утврђивање чињенице да је право баш с таквим саставом и својствима нераздвојно и органски повезано с паралелном му друштвеном творевином у виду *државе*. Зато, све карактеристике структурисања и функционисања права непосредно се преносе и уносе у државу, али и обратно, оно што се налази у држави неизбежно се показује на извесан начин и у праву. Али, захваљујући таквој повезаности ових двеју творевина уобличава се и опстаје једна и једнствена творевина у виду оног што се може обележити као *државно-правни поредак*, или, друкчије речено, *државно-правни систем*. Управо због тога разни моменти и својства подједнако карактеришу како право тако и државу: обе ове творевине се налазе у сфери *политике*, подједнако су уклопљене у *политичку структуру* где свакој припада место које одговара њиховим особеностима, подједнако се показују као чиниоци *политичког процеса* као једног од најзначајнијих процеса сваког друштва, истовремено и заједно припадају *политичком систему* који нарочито у модерном друштву представља сложену целину међузависних елемената. Исто тако, обе ове творевине имају истовестан *друштвени, политички, класни, групни* карактер и природу, што све значи да сви битни саставни елементи заједнице утичу на државу и право, а утицај економске структуре је битан и најдалекосежнији. У саставу државно-правног поретка се налази један неоспорно специфичан елемент у виду *монопола легитимне принуде* по коме се ова творевина и разликује од свих осталих, а захваљујући томе она и стоји изнад свих других творевина, јер има моћ да им се наметне или да их подреди.

Самим тим следи и одговарајући појам *система права* или *правног система*. То није ништа друго до само право али узето и посматрано *као систем*, тј. као творевина састављена од мноштва елемената који сачињавају једну целину. Тиме се обраћа посебна пажња на тако створену *целовитост*. Баш као

реална друштвена творевина, као специфична правна структура оно испољава *системност* као једно од својих најизразитијих својстава. Право као творевина има тенденцију да се објективно структурише и да на одговарајући начин функционише у виду једне *целине* и *целокупности* свих својих разноврсних саставних елемената. Према томе, то својство системности није ограничено само на укупност правних норми, односно само тзв. општих норми (мада је то очигледно, то није систем *целог* права већ само једне укупности истородних његових састојака), него обухвата укупност *свих* његових елемената. У тој својој целокупности правни систем је објективно дат, он се изграђује и опстаје по својим специфичним закономерностима. У том свом облику систем права је нешто што правна наука *затиче*, а не ствара (додуше, наука може томе допринети на неки начин, али то је сасвим друго питање). Имајући пред собом такав систем права, правна наука га описује и објашњава.⁹⁷⁾ Према томе, ако се одмах може установити да све опште норме стоје у системској повезаности исто то би се видело ако би се издвојено посматрало: укупност правних субјеката, укупност правних аката, укупност правних односа, укупност правних објеката и сл. Јер, постоји целовитост и истородних елемената.

Међутим, овде нас посебно интересује чињеница да ли како и уколико постоје *деоне јединице* целокупног правног система? Очигледно, и у оваквом схватању правног система оне несумњиво постоје, али оне обухватају све поменуће елементе права (а не само тзв. опште норме!). Најмања и базична јединица је *правна институција*, на средњем нивоу се налази десетак „правних грана“ или *правних сектора*, а као највеће деоне јединице, поред осталих, јављају се „правне области“ или, боље, *правне сфере*. У свим тим деоним јединицама налази се одговарајућа множина *свих* поменутих елемената права који својом засебном системском повезаношћу и доводе до стварања ових деоних јединица целог правног система. Исто то показују и две правне сфере од којих је прва — „*јавно право*“ а друга је — „*приватно право*“. С обзиром да су та два најважнија дела права или правног система знак својеврсне *подвојености* унутар једне целине, може се рећи да су то *дводелине* права. Али, најважније је да такви делови представљају два *подсистема права*. Као такви, наравно, они сваки посебно обухватају одговара-

⁹⁷⁾ О томе сам писао у чланцима: Претпоставке научног проучавања правног система Југославије, *Анали Правног Факултета у Београду*, бр. 1—2/1978, стр. 1—50; Тезе о правном систему Југославије, у зборнику „О систему права СФРЈ“ изд. Институт за уговорно право — Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 7—29.

јуће „правне гране“ или правне секторе, који садрже масу одговарајућих правних институција.

2. — С обзиром на то да се на тај начин неизбежно добија *пар синтагми* којим се неминовно оперише, које имају или се претпоставља да имају, некакву појмовну садржину јасно је само по себи да у томе пару фигурирају појмови на основу којих се назначавају њихове међусобне разлике. То је, с једне стране, *јавност* и, с друге стране, *приватност*. На жалост, баш то као да измиче пажњи традиционалне јуриспруденције, па зато у њој тешко се могу запазати стварни и озбиљни напори да се разјасне баш ти кључни термини. То може изазвати чуђење, ако не и нешто више од тога. А без расветљавања ових појмова не може се учинити ниједан стваран корак у разјашњавању привидних и стварних разлика између „јавног“ и „приватног“ права. То је неопходно учинити у свим правцима и у свим аспектима и димензијама, јер се тиме стварају ваљане претпоставке за објашњавање контроверзног предмета. Према томе, свако достигнуће на том пољу није само *бављење терминима* него је превасходно стварање *тематско-проблемских оквира* за научно третирање односног предмета. Баш то непосредно утиче на научну заснованост и оправданост разликовања ових двеју правних сфера.

Разоткривање стварних и најдубљих корена тога разликовања не може се постићи изван и мимо онога што је овде битно и одлучујуће. То је објективно постојање у свакој политичкој зајединци двеју сфера у којима се појављује политичка страна друштвеног живота, а то значи живота појединаца и група, и то првенствено и најпотпуније у склопу постојећег државно-правног поретка. Прва је *сфера јавности*, а друга је *сфера приватности*. Или, друкчије и просто речено, то су на изврстан начин уобличена *јавност*, с једне стране, и *приватност*, с друге стране. Тако ови термини задобијају и својства именица и својства придева, односно омогућују истицање различитих својстава извесних друштвених појава или творевина. Но, најважније је да је овакво постојање нужност, па зато нема ниједне политичке заједнице чији друштвени живот одвија се, поред осталог, и захваљујући дејству државе и права, где би могла изостати ова разлика. Појединци и групе се налазе, живе и делују у обе сфере, а не само у једној од њих. То је битан предуслов организовања политичке заједнице, што значи да није и не може бити резултат некакве пукe произвољности људи.

Успостављање и уобличавање ових двеју друштвених сфера означава, у ствари, испољавање својеврсних *процеса ди-*

ференцијације и поларизације који се врше у садржини и облицима друштвеног живота људи. На то утичу многобројни и разноврсни чиниоци: објективни и субјективни, фактички и формални, видљиви и скривени, трајни и повремени итд. Све се то дешава захваљујући одређеној констелацији разних околности на економском, политичком и културном пољу друштвеног живота. У томе има превагу спонтано збивање, али је такође значајно и свесно деловање. То је изражено како у фактичким односима тако и у институционалним облицима. Тим сложеним процесима диференцијације и поларизације се истовремено стварају извесне *разлике* и *подвојености*, и то тако што првонаведени процес има мање дејство, а онај други, поларизација означава знатне, често и оштре разлике. Следствено томе, у друштвеном и политичком животу људи на неки начин се издвајају две сфере које се тако донекле удаљавају и показују у својим засебностима. Као и све друге диференцијације и поларизације у друштву, ни ове се не изводе круто, механички, праволинијски и тако да настану некакве непремостиве „провалије“ и разграничења непрелазним „кинеским зидовима“. У ствари, ови процеси захватају све елементе друштвеног живота који су у тим сферама смештени или, тачније, постоји неизбежност да ти процеси захвате све што се налази у политичкој сфери, политичком животу, политичкој структури друштва. Сходно томе колико су ови процеси одмакли и стварају се дотичне две сфере. Оне задобијају своје унутрашње и спољашње карактеристике, посебна својства и црте у целини и у својим саставним деловима. Наравно, неки елементи друштвеног живота су у самом *средишту* тих процеса и под њиховим највећим *дејством*, па самим тим и задобијају изразит *карактер* насталих сфера, док су неки елементи мање и овлашно дотакнути. Но, у крајњем резултату дејством оваквих процеса диференцијације и поларизације се потврђује присуство и једног специфичног и изузетно значајног процеса за сам државно-правни поредак — *процеса политичког конституисања друштва* у целини,⁹⁸⁾ па и својеврсно испољавање овога процеса у вези с *конституисањем ових сфера*. Наиме, ваља приметити да се јавност и приватност подједнако стварају и конституишу дејством разних чинилаца, али и да се *самоконституишу*. Захваљујући свему томе, обе сфере се показују у својој целовитости, обе теже својој засебности и задобијању специфичних каракте-

⁹⁸⁾ Вид. Стеван Врачар, Социјална садржина функције државно-правног поретка, Разматрање о улози државе и права у процесу политичког конституисања друштва, Београд, изд. Савеза удружења правника Југославије, 1965, стр. 90—94.

ристика, ка што потпунијем утискивању тих својстава у обухваћене елементе. Тако се успостављају две *паралелне* сфере, међусобно релативне раздвојене, али и повезане и међузависне.

Овим процесима не може измаћи ниједно право. Штавише, баш на самом праву се ти процеси најизразитије испољавају с одговарајућим последицама. Право је истовремено захваћено тим процесима и само успешнује њихово дејство и последице. *Јавност* и *приватност* права подједнако је у ову творевину *пренета* разлика односних друштвених сфера и плод диференцијације и поларизације *унутар* самог права. Зато целокупно правно регулисање које садржи своје елементе и ослонце, а распростире се у најважније сфере друштвеног живота, и мора попримити обележја овога *двојства*. Захваљујући томе двојству право се одликује према свим другим творевинама, па чак и према држави (која, начелно, не трпи овакву подвојеност). Релативно издиференциране и уобличене сфере претварају се у видове главних деоних јединица правног система. На тај начин, постојање тзв. *јавног права*, на једној страни, и тзв. *приватног права*, на другој страни, неизбежно означава својеврсну *подвојеност* датог права које, и поред тога, задржава своју одговарајућу целовитост. Из тога се види да право не може бити друкчије него што је друштвена основа на којој почива, а друштвени оквир у коме се оно налази одређује и његове битне карактеристике. Зато и *конституисана јавност* у структури права и његовом функционисању има сопствени карактер, своју специфичну *природу*. Тиме се наглашавају разлике од *конституисане приватности* у праву која, такође, има сопствени карактер и своју специфичну *природу*. У целокупности права се огледа оваква поларизација, али њен домаћај је најизразитији у тако подвојеним деловима права. Тако настаје најпотпунија и најаутентичнија *својственост* подвојених делова права. При томе је најважније да сваки од тих делова има нешто што му је *иманентно* и што на неки начин одговара специфичном биће тих делова. То проистиче из саме природе тих двеју сфера и основе на којој почивају. То се само по себи намеће и одређује *и природу свих ствари* које се ту налазе, а то су одговарајући елементи права. Управо због тога *јавност* и *приватност* као два иманентна својства, као нешто што се налази у самој природи раздвојених делова права, нису дата само у правним нормама него и у правним субјектима, правним актима, правним односима, правним објектима и другим састојцима права. Постоји једна закономерност: *све што доспе у само жароште и средиште издиференцираних и поларизованих сфера мора попримити она иманентна својства и природу односне сфере*. При томе, баш због поларизације између јавности и при-

ватности, које су задобиле свој правни израз, испољавају се и њихове супротности, нарочито на њиховим крајњим тачкама, тамо где су специфична својства највише изражена. У осталим тачкама настају веће или мање разлике. Свака од ових двеју правних сфера даје и свој печат односном делу правног система у целини и „правним гранама“ или правним секторима, односно правним институцијама које се у њима налазе. Тако настаје мање или више видљиво подвајање у целокупности права. Наравно, то двојство и та подвојеност имају и своје спољне показатеље. Међутим, много је важније да се откривају она унутрашња својства ових правних сфера, њихови специфични принципи, њихова типична обележја и низ карактеристичних момената по којима се оне и могу распознавати.

3. — Ако се жели ишта схватити и разматрати у једној сфери па било да се ова појављује у виду друштвене сфере, тј. једне сфере друштвеног живота, било у виду правне сфере, тј. једне сфере правног живота мора се првенствено и надасве разјашњавати појмовна садржина јавности. А ако се ради о тзв. јавном праву онда се та неопходност до те мере намеће да без тога све остало постаје беспредметно, бесмислено и лишено најважнијих претпоставки. Међутим, иако се то, тако рећи, само по себи намеће и то као императиван захтев самог састава ове синтагме, јер појмовно средиште и специфична садржина одређени су „јавношћу“, ипак се то не уважава. Због тога и заиста изузетне сложености и многозначности овог термина, ваља дати бар неке индикације, па тек на тој основи утврдити полазне тачке и усмерити разматрање о разним моментима.

Иако би било занимљиво и корисно откривање лингвистичких и историјских страна овог питања уопште, а нарочито у правној мисли,⁹⁹⁾ важније је бар назначење појмовне садржине коју ваља имати у виду. То није лако не само зато што исти израз јавност омогућује коришћење у виду и именице и придева него и зато што се он час показује као синоним неких других израза, а час поприма изванредно широко и неодређено значење. Али највећа невоља је у томе што је теже дати позитивно одређење него указати на оно од чега се разликује. Наиме, јавност је „нешто“ што се раздваја и разликује од двеју супротних категорија: најпре од тајности која означава све оно што се по својој природи чини недоступним и невидљивим, а још више оно што неко из неких разлога и срачунато скрива

⁹⁹⁾ Нпр. L. Schöne, Privatrecht und öffentliches Recht (Geschichte, Inhalts- und Bedeutungswandel eines juristischen Grundbegriffes), Freiburg i. Br. — Wemmetswiler i. Saar, 1955, S. 18 ff.

од напожељних погледа; затим од *приватности* која означава оно што је индивидуално, лично, интимно и као такво у искључивом поседу појединаца. У сваком случају ради се о свему што је на отвореној друштвеној сцени, о оној непрегледној множини испољених облика друштвеног живота, који су, тако рећи, пред очима одређене средине, али и што има специфичну улогу и природу. Та специфична улога и природа, пак, најизразитија је и најважнија у *политичком животу*, па се најчешће с тим повезује. Управо зато се по правилу дешава да се *јавност* сматра нераздвојном од *политике* и *политичности*, а често се то једноставно поистовећује. С обзиром на ширину и неодређеност ових израза, међутим, тиме се само добило у ширини назначеног дела друштвеног живота, али не и његовог прецизнијег одређења. Ово утолико пре што постоји и феномен *политизације*, тј. уношење политичких својстава и у неке сфере и облике живота који су, иначе, друкчији, рецимо, економског или културног карактера, а који и сами по себи и независно од тога могу имати својство јавности.

На томе простору се неминовно појављује *правно регулисање*, односно право у свим својим видовима који су томе примерени. Такво право јесте и може бити само тзв. *јавно право*. На тај начин, као да и нема никаквих загонетки, јер све изгледа јасно и просто. И тако би доиста било кад неби било чињенице да су и *политика* и *јавност* сами по себи, а још више у овој спрези изванредно сложени, слојевити, разубени, испољени у видљивим облицима, али и запретани наслагама најразличитијих феномена. Баш због тога неопходно је сагледавање и разоткривање целокупног структурисања и функционисања како политике тако и јавности, у њиховим делимичним истоветностима али и у специфичностима. При томе, најважније је утврдити шта се све, зашто и како здружује и уклапа у овој тако сложеној сфери. Њено средиште и супстанцијално поље представља сама политика у свом специфичном виду, као процес, структура, активност и скуп инструмената којим се одмеравају, остварују или само мистификују најважније потребе, најмоћнији интереси и најделотворнији циљеви у склопу дате заједнице. Међутим, политика као таква налази се у одређеном оквиру, јер једино у томе има своју основу и оправдање и смисао. То је, заправо, *друштво* или друштвени живот подвргнут највишем степену *политизације*. Политика се испољава и дејствује у друштву, најзначајнијим његовим процесима и односима, али и друштво у виду својих најважнијих политизованих снага укључује се у политику. То су, наравно, класе, слојеви, политичке партије, разне друге групе и масе појединаца. Сви ти чиниоци и носиоци политичког процеса отеловљују и

оживотворују непрекидну, живу и нераскидиву спрегу, праће-ну облицима сарадње али и начинима сукобљавања, у којој задобијају своју физиономију и свој карактер: прво, аутентична и изворна политика и *политичност* и, друго *политизована друштвеност*. И прво и друго има своје стварне и привидне носиоце и репрезентанте. И само сразмерно томе колико историјска ситуација пружа предуслове за одржавање поменути спреге огледа се и присутност *јавности*. Само уколико је политика заиста *јавна* ствар може се у њој појавити она политизована друштвеност. У модерно доба, наравно, то је уследило историјском афирмацијом *јавности*¹⁰⁰⁾ коју је изборила својом прогресивном борбом буржоазија, револуционарним ломовима или постепеним освајањем политичких позиција. И баш та *јавност*, у својим облицима испољавања и својим социјалним садржајима испуњава и „јавно“ право. *Ово право израста из такве јавности и служи њеном оживотворењу*. Без реалних предуслова за афирмисање стварне *јавности* немогуће је успостављање „јавног“ права, али и без самог „јавног“ права не би могло бити ни одговарајуће *јавности*. Они се узајамно претпостављају, прожимају и повезујући своје облике испољавају и своје суштинске моменте, показују се у својеврсној јединствениости. *Корени „јавног“ права налазе се у самој јавности*. То не значи, наравно, да се детерминантни чиниоци и једног и другог налазе у самој политици. Све ово детерминишу друштвено-економски чиниоци, сам начин производње на коме се све то као реалној подлози, и изграђује. Овде је, међутим, важно само утврдити да у великој мери постоји истоветност политике и *јавности*, па се зато ови термини узимају као синоними. Но, није све политичко истовремено и *јавно*, а ни све што је *јавно* није политичко. Има политике изван и мимо *јавности*, али и *јавности* изван и мимо политике.

Таква политика и таква *јавност* само одражавају реалну структуру целокупне друштвене заједнице, а нарочито положај и улогу основни класа, њихову међузависност и борбе за остваривање свих *основних интереса*, а такви су пре свега класни интереси. Међутим, реално се обликује и *друштвени интереси* као изрази било целокупне друштвене заједнице, било свих њених припадника, затим *групни интереси* и *интереси појединаца*. Ова разноврсност интереса, неизбежност да се некако усклађују, међусобно супротстављају и поништавају доводи до непрекидног смањивања и истовременог трајања облика сарадње и об-

¹⁰⁰⁾ Вид. Jürgen Habermas, *Javno mnjenje, Istraživanje u oblasti jedne kategorije građanskog društva*, превео Глигорије Ерњаковић, Београд, Kultura, 1969, стр. 23—37.

лика борби, који дају свој печат и политици и јавности. Сфера њиховог постојања је истовремено и сфера испољавања разних интереса, са свим одговарајућим последицама. Зато и интереси могу бити *политички* и *јавни* с обзиром на то да ли и у којој мери дају садржину политици и јавности, а политика и јавност се подешавају сходно таквим интересима. Интереси целог друштва, интереси класе, слојева, разних група и заједнички интереси појединаца реално се могу испољити само преко политике и преко јавности или, бар, морају имати везе с овим утолико што на њима остављају своје последице. Зато, када се често практично или доктринарно желе афирмисати такви интереси говори се о *јавним интересима*.¹⁰¹⁾ они су, наравно, или нешто реално или само мистификовани израз идеолошки деформисаних погледа на неке интересе.

У самом средишту политике налази се и дејствује основна и најважнија организација у виду *државе*. Она, пре свега, фигурира као својеврсни официјелни резиме самог друштва односно дате политичке заједнице. Али, баш као таква држава мора бити и стварни израз и потврда доминације економски и политички надмоћне класе. Ако се у датом начину производње и политичкој структури стварају предуслови за постојање такве класе, онда и држава мора имати одговарајућу класну природу. То је ван сваке сумње, али подлеже сумњи могућност да баш она буде и носилац друштвених интереса. Међутим, сама чињеница постојања државе означава постојање издвојене *групе властодржаца* и сразмерно бројног *бирокупатског апарата*, који су носиоци и отелотворење *јавне власти*, што ће рећи власти која је по свом карактеру политичка и која се распростире и врши у сфери јавности. Та власт располаже монополом легитимне принуде, па зато може иступити и као носилац *imperiuma*, располагања снагом да својевољно, једнострано и хетерономно намеће своје одлуке, заповести и норме. Државу сачињава мноштво органа који су *хијерархијски* размештени, па хијерархија постаје и основни принцип делатности тог апарата и свих органа, како међусобно тако и у дејству на друштво, приликом успостављања односа с извандржавним субјектима и грађанима. И као целина и преко својих органа држава делује као *правни субјекат*, али иза тога стоје предуслови да иступа као политичка сила првог реда. И баш због тога да би се превазишло реално или само привидно стање у коме је држава само организована сила безобзирног господарења у модерно доба је све више подешавана и њена структура и њено функционисање

¹⁰¹⁾ Вид. J. Roland Penneck and John W. Chapman, ed. *The Public Interest, Nomos*, V, 1962, Lieber — Atherton, p. ?

концепту тзв. *правне државе*, што значи, у ствари, усклађивање с демократски уобличеном политиком, па и с учвршћивањем јавности. Али, баш због тога што је држава отуђена сила што властодржачке групе у пракси могу сопствене интересе ставити испред прокломованих друштвених, па и класних интереса, што је бирократски апарат такође отуђена сила — та демократска политизација државе и њено постављање у сферу јавности тече мукотрпно у виду сложеног историјског процеса. Особито се тврдокорно сама држава опире јавности путем ограђивања и прикривања своје политике „државним разлозима”, стварањем грубих и рафинираних облика притиска и контроле, скривених и отворених облика цензуре друштвених комуникација итд.¹⁰²⁾

Наспрам овакве уобличене државе налази се само „друштво” или укупност разних група и маса појединаца који не могу остати у таквим условима сасвим изван политике и јавности. Али, баш зато првостепен значај задобија *еманципација људи* од свих видова раније подложности, а пре свега ропске и кметске. Појединац се ослобађа свог поданичког статуса и задобија, додуше много изразитије само на формалан начин него што и томе има и стварне садржине, *статус грађанина*, с могућношћу да користи скуп тзв. основних права и слобода. Ово представља прави историјски преокрет, али који изискује векове и деценије да би идеално, формално и нормативно назначене оквири испунила и стварна садржина. Располажући законски му датим и обезбеђеним разним тзв. *субјективним јавним правима*,¹⁰³⁾ појединац у својству политички делатног бића иступа у политици, учествује у политичким збивањима око и поводом организовања државне власти, као припадник политичких партија или само као грађанин на изборима, што све значи да је он постао и *актер јавности*, да је постао мање или више *субјекат јавности*, а не само да је пуки објекат политике. А да би то био појединац мора располагати како елементарним условима за личну слободу тако и могућностима да користи разне видове масовних комуникација (штампа, удруживање, информисање итд.) да би изразио своје мишљење и ставове релевантне за политику а који су од интереса за јавност. У ствари, тек са укључењем маса у политику и јавност тиме што појединци у тој маси имају тзв. основна права и слободе и може се демократизовати политика и јавност у модерно доба. Без

¹⁰²⁾ Вид. К. Marks, *Birokratija i javnost, izbor tekst'ova, predgovor* Dragoljub Mićunović, Beograd, Vuk Karadžić, bibl. Zodijak, 1965, str. 157.

¹⁰³⁾ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, zweite Auflage, 1905, S. 41—67.

тога или с фактичким ограничењима која могу свести на нулу све што је декларисано и нормативно изражено политика се претвара у остваривање силом властодржачких интереса, а јавности практично и нема као делатног чиниоца. Политика без подршке јавности показује да је између њих створен јаз, да се налазе у сукобу, да реално јавности и нема у склопу политике.

Управо због свега тога историјски процеси уобличавања модерне политичке заједнице незамисливи су без демократског уређења друштва и стварања институционалних претпоставки и остваривања садржинских елемената формиране *јавности* не само као пратиоци политике него и као самосталне снаге, релативно издвојене из окриља властодржачке и „званичне“ политике, ослобођене њених окова. Таква јавност постаје и моћан чинилац стварања *јавног мњења*, „а“ кад ово као дифузна социјална снага постане и моћан коректив властодржачке политике стварају се услови унутрашње стабилности политичких заједница. Зато није случајно што је баш формирање јавног мњења као посебне силе постало један од најпоузданијих показатеља изграђености услова за организовање модерног друштва и модерне државе.¹⁰⁴⁾ Без тога све у политици претвара се у чиновски механизам манипулација. А с изграђеном и аутентичном јавношћу чак и држава може рачунати са чвршћим *јавним миром*, са трајнијим *јавним редом*, са стварнијом *јавном сигурношћу* свих грађана. Тако се и у овим моментима такође огледа веза политике и јавности.

Указивањем само на ове моменте који сами по себи садрже низ других момената довољно је да предочи онај широки простор на коме се налази тзв. *јавно право* које све обухвата и на специфичан начин регулише. То су изванредно сложени друштвени процеси, огромни комплекси друштвених односа између одговарајућих чинилаца и субјеката, најзначајнији сегменти друштвеног живота. Зато и није могуће да се све то захвати само једном „правном граном“ већ је ту неизбежан низ таквих делова права. Најпре, средишњи део свега тога, сви основни друштвени процеси и односи захваћени су *уставним правом* као најзначајнијим скупом правних институција. У њему се, очигледно, налазе фундаментални принципи структурисања и функционисања политике и јавности, организације и деловања државе, односа државе и народа, положаја и могућности учешћа појединаца у формирању политике и јавности. Али баш због развијености државног управљања, мноштва управних органа и делатности које су од непосредног значаја за свакидашњи

¹⁰⁴⁾ Yirgen Habermas op. c. str. 281—296.

живот и државе и масе грађана неизбежно је разрастање *управног права* као „гране права“ која непосредно проистиче из претходне и омогућује њено остваривање. У ствари, ту се скривају или излазе на видело скупови правних институција, који погодују остваривању демократски прокламоване и формално-нормативно уобличене политике, а с њом и одговарајуће јавности, или, сасвим супротно, то мање или више ограничавају, па и сасвим поништавају. Управа је скуп инструмената који су или препрека или гарант демократске политике и јавности. У вези с тим је и *судско право* које се уобличава као „грана права“ захваљујући разумењу организационих облика и форми рада судских органа модерне државе. Ови органи најефикасније и с неопозивом коначношћу могу интервенисати у друштвени живот који је иначе правно регулисан. С таквим својствима ова „грана права“ представља и неку врсту споне између свих наведених „грана права“ и *кривичног права* које, у ствари, заузима једно од главних места у организовању друштвеног, политичког и јавног живота људи. Ту се држава испољава као носилац правно уобличеног монопола принуде, као политичка сила која се служи правним инструментима за обезбеђење одређеног низа друштвених вредности, до којих је првенствено стало и друштву, и владајућој класи и појединцима. И овде открива своја суштинска обележја и политика и њоме испуњена јавност, односно јавност као интегралан елемент политике или раскорак политике и јавности. Најзад, у овом низу налази се и *финансијско право* као неопходан регулатор јавних финансија, без чега модерна држава не може опстати, па ни заједница у којој се она налази.

4. — С извесним одређењем „јавне сфере“ и „јавног права“ донекле је олакшано и одређивање „приватне сфере“ и „*приватног права*“. Наравно, при томе специфично значење *приватности* у целини или њених саставних момената може једино допринети стварном разјашњавању оних битних момената по којима се она одликују, па самим тим разликује од јавности, Мада је и ова сфера веома сложена, може се рећи да ипак пружа могућности за нешто конкретнија сагледавања, а самим тим прецизнија одређења односне појмовне садржине. Све ово важи како за *приватну сферу* као друштвени феномен тако и за „*приватно*“ право које ваља уопштено оцртати.

И када фигурира као самосталан појам и када је у склопу поменутих синтагми *приватност* првенствено означава оно што непосредно припада појединцима као друштвеним бићима, као израз и потврда њихове индивидуалности и самосвојности али чиме они сами располажу, што је њихова лична ствар, што због тога није непосредно условљено и одређено неким спољ-

ним чиниоцем. Утолико је приватност знак личних могућности сваког појединца да испољи, потврђује и обезбеђује своје индивидуалне потенцијале и претензије, али до граница које су им обезбеђене датим друштвеним, политичким и социјално-културним оквиром, а нарочито постојећим јавним поретком. Самим тим се утврђује да приватност нема никаквог смисла у апстрактном и индивидуалистичком замишљању изолованости појединаца, али да своје реално изражавање има и једино може имати у датој друштвеној средини, а нарочито оном политичком и правном систему у коме појединци егзистирају. Поред тога што се приватност мора узимати као иманентно својство појединаца, свих или само појединих делова дате заједнице, треба имати у виду да исто својство могу имати и груписани људи, скупови појединаца који су обједињени само на основу сопствене приватности. На овај начин се сфера приватности показује не само као аритметички збир свих појединачних приватности него је томе додата и сума ових груписаних израза приватности. Тако се ствара друштвено одређена *сфера приватности*, у основи повезана с појединцима али употпуњена и друштвено обликованим и уређеним изразима приватности. Захваљујући томе приватност је изразито друштвена категорија. То је она и када се своди на оно што наизглед избегава сваки домаћај друштвености, када је нешто сасвим интимно, некако строго везано за личност, издвојено и заштићено од сваког нежељеног упливања спољних друштвених чинилаца. То је она, чак, и када се претвара у личну тајност као аналогон оне тајности које карактерише носиоце јавне моћи (нпр. држава која скрива своју делатност и ствара чак специјалне службе на тој основи и с таквом функцијом). Јер, постојећи само у појединчевом домену, у једној сфери која само њему припада приватност може садржавати своја суштинска одређења, али и спољна обележја. Једино у том виду може она бивствовати као нешто специфично, а нарочито са својим различитостима наспрам онога што припада јавности. Према томе, приватност у свим својим облицима испољавања, у свим својим димензијама, са свим оним моментима које обухвата није знак изолације или издвојености појединца из друштва, већ је само нужна претпоставка сваког обједињавања људи и изражавања тако створене друштвености. То се више-мање мора показати у свим обухватнијим истраживањима приватности, па чак када су приступи упечатљиво различити.¹⁰⁵⁾ Уосталом, на тај начин се откривају разне црте приватности.

¹⁰⁵⁾ Вид. J. Roland Pennock and John W. Chapman, ed. *Privacy Nomos*, XIII, 1971, p. 255.

Као друштвена категорија, дакле, приватност је иманентна свакој заједници састављеној од појединаца, а пошто друкчије заједнице и нема то значи да је она незамислива без одговарајућег вида приватности. Разлике постоје само у историјским, друштвеним, политичким, економским, културним и другим условима успостављања приватности, њене садржине и облика испољавања. Она је историјска категорија, релативна и разнородна. Уосталом, тако је и са свим другим категоријама. Људи живе пре свега као јединке и то је потврђено њиховом приватношћу. То је нужан простор живота појединца. Ту је он постављен у свој свет, нужан да би он сам припадао друштвеном свету. Приватност је мера његовог припадања друштва, али и припадности друштва појединцу. У таквом узајамном повезивању појединац једино и може остваривати сопствене потребе, интересе и циљеве, може егзистирати као делатна личност, а не као пука нумеричка величина. То је превасходно поље *људског самоодређења*¹⁰⁶), са свим начинима испољавања те чињенице. А то значи да појединац има довољно предуслова за самоодлучивање у стварима које се пре свега њега тичу, али и шире од тога, које се тичу других и заједнице, али тангирају и самог појединца. У тој сфери одлуке које се тичу појединца треба да доноси он сам, да му не буду натуране споља или, ако је неизбежна спољна интервенција да буде што умеренија и примеренија ситуацији појединца. У сфери приватности појединац тежи да буде *суверена личност* сразмерно томе колико је та сфера „његова”, где је неприкосновен, природно и социјално предодређен да буде испред и изнад свих других чинилаца (животна оријентација, брачни живот, коришћење станбеног простора, свакидашње снабдевање, учешће у јавном животу итд.). У сфери приватности *све ствари су првенствено везане за сопствени избор*. Захваљујући томе, ту се најпотпуније и најлакше може остваривати људска тежња за сопственим интегритетом. Јер, то претпоставља да човек може господарити собом, тј. својим стварима, а не да буде предмет господарења, поготову када се зна да он иначе и не може да се отргне система спољних и јавних господарења.

Међутим, ма како парадоксално изгледало, обезбеђивање сфере приватности не означава само стварање разлике и јаза, који њу деле од сфере јавности већ, напротив, то је нужан услов успостављања праве јавности. Само када има бар минималне услове да егзистира као индивидуална и самовласна личност пре свега у својој сфери приватности, човек може да се афирмише и у сфери јавности која, по природи ствари, није и не мо-

¹⁰⁶) Heinrich Henkel, op. c. S. 194.

же бити само његова, јер се у њој сусреће и здружује с множином људи. Према томе, уколико нема обезбеђену сферу приватности човек не може деловати као стварни субјект ни у сфери јавности. *Да би био јавна личност и некакав чинилац у тој сфери човек мора имати људску ситуацију у сфери своје приватности.* При томе, најважније је да постоје простори сусретања тих двеју сфера где се оне преплићу и узајамно непосредно омогућују. То узајамно омогућење и чини реалним разлике међу тим сферама, али и низ елемената међузависности. Наиме, без аутентичне и обезбеђене приватности нема ни аутентичне јавности. И обратно. А остваривање и једног и другог у њиховој међусобној зависности представља и најтежи задатак, с теоријског и још више практичног становишта. Тешкоће у том погледу, вероватно, понајвише настају зато што сфера приватности има „инфериоран“ положај према сфери јавности, јер ова се ослања на јавну власт, а од те власти умногоме зависи и обликовање и правно регулисање сфере приватности.

У сфери приватности, као уосталом и у сфери јавности, испољавају се одређене *друштвене вредности* које су подешене природи ове сфере. Те вредности нису никакве апстракције него су сасвим конкретне компоненте људског живљења захваљујући неким реалним предусловима. На првом месту ту се појављује одређени степен *слободе појединца*, јер без тога нема и не може бити никаквог субјективитета ни у овој сфери, а још мање у јавној сфери. Ради се о слободи као могућности човека да испољи своје потребе, интересе и циљеве у границама које не омогућују остале људи да исто постижу. А то значи да се у вези с тим мора имати један степен услова за *једнакост међу људима*, ако не у фактичком смислу, а оно бар у оквиру извесних формалних претпоставки. Самим тим подједнако се намеће потреба за испољавањем одговарајуће *солидарности* која изворно означава међузависност појединаца, објективно условљену и често рационализовану да би се поспешило њено остваривање. Све су то друштвене вредности које појединац најнепосредније и, тако рећи, доживљава као саставне компоненте своје приватности, али које имају шансе да се остварују само када су и друштвено обезбеђене и политички признате и подржане. Међутим, поред ових вредности и многих других у први план је избила *приватна својина*. То је повезано и с чињеницом да баш она потврђује на најочигледнији и најреалнији начин постојање и чак обим *материјално-економских вредности* које битно утичу на целокупну егзистенцију појединаца и заједнице. Уз то, историјски услови израстања система приватне својине у оквиру капитализма допринели су уздизању ове вредности изнад свих осталих. Она је постала, чак, *синоним приватности* што

јој је помогло да стане испред свих других вредности, али и да се на извештан начин баш као вредности компромитује.

У тако конституисаној сфери приватности, њеним спољним изражавањем и унутрашњом садржином, а нарочито са структурисањем одговарајућих вредности на овом терену, израђивало се и *модерно приватно право*, како утврђује највећи број писаца, односно „*приватно право*“, како се сугерише током целог овог разматрања. При томе, наметнуо се готово као општеприхваћен став да баш приватна својина представља једини и најреалнији показатељ ове „правне области“. Тај став је задобио својства неприкосновене истине, али и снагу предрасуде. Сматра се, наиме, да овај феномен сам по себи и једино условљава појаву целога тзв. приватног права, при чему се мисли само на *капиталистички* облик приватне својине, а занемарује и чињеница да је феномен својине сам по себи не само многоврстан него и неупоредиво сложенији од такве схематике. Отуда, схематске конструкције у вези с тим, чак и крупних теоретичара-марксиста, ваља критички узимати.¹⁰⁷⁾ При томе, наравно, никако се не могу доводити у питање тачна запажања да је баш систем приватне својине условио драстичну формализацију поменутих основних вредности (тј. слобода, једнакост, солидарност), па је иза правних форми, сложеног мноштва правних институција које стварају један привид на тлу капитализма укорењивала се једна социјална садржина која је у пуном нескладу с тим.¹⁰⁸⁾ Исто тако, не може се пренебрегнути чињеница да у модерном друштву, особито капиталистичком, постоје дубоки корени објективног и нужног расцепа између јавне и приватне сфере, што изазива и „двоструко књиговодство приватног живота и јавног наступа“.¹⁰⁹⁾ и то се одражава на подвојеност јавног и приватног права. Све то одређује и битна својства „приватног“ права, неке његове основне принципе, садржину и многе правне институције у његовом саставу. То је пре свега *слобода уговарања* између правних субјеката, претежне масе приватних појединаца и множине разноврсних правних лица. То само по себи означава да се у разним облицима *уговора* као форме правних аката постављају *равноправност странака* (што никако не значи и њихову једнакост, а често омогућује стварање привида и мистификација). У том облику се остварује или само ствара привид *неопходне међузависности* у самом процесу размене еквивалената овалоплоћених у бескрајном ланцу роба и

¹⁰⁷⁾ Нпр. Ј. В. Рађуканис, оп. с. стр. 57, 114.

¹⁰⁸⁾ Karl Renner, оп. с. стр. 53—54.

¹⁰⁹⁾ Ernst Bloch, Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo, Predgovor i prevod Dr Ante Pažanin, Beograd, Izd. centar Komunist, 1977, str. 193.

услуга. У таквим склоповима, наравно, исто онолико колико су неприкладни облици испољавања власти, заповедања, хијерархије итд. исто толико су природни облици аутономије и самосталности свих субјеката. И зато је посве разумљиво што је тзв. *аутономија воље* уздигнута на степен основног принципа и главног показатеља целог „приватног“ права.¹¹⁰⁾ На тај начин, целокупно структурисање и функционисање „приватног“ права представља само специфичан израз објективно конституисане и субјективно-рационалним формама испуњене и прекривене сфере приватности у датом друштву.

Сферу приватности сачињавају два основна сегмента: први који се ограничава на *живот појединаца* и други који се простире у „*грађанском друштву*“ (термин Хегелов и Марксов, као што је показано у другом поглављу!). И зато су се, углавном, формирале одговарајуће „*ране права*“, па и низ „*огранка*“ уколико је „приватно“ право разуђеније. На првом месту, ту је *породично право* сходно томе колико и како регулише питање приватног живота људи. Међутим, најзначајније и најобимније друштвене процесе и друштвене односе регулише *грађанско право* (из многих разлога симптоматичан назив, с давним пореклом и готово свеопштим модерним признањем!), које се оправдано узима и као један од најзначајнијих делова права уопште, које се тиче „ситуације мноштва ствари“ и тзв. субјективних права у вези с тим. Уз ово непосредно израста и *облигационо право* које представља на упецатљив начин мноштво разноврсних друштвених односа у процесу размене роба и услуга, с одговарајућим мноштвом облика уговарања, тј. испољава се као правно регулисање у коме се обликује и одговарајуће мноштво правних институција. При томе, лако се запажа да баш ове гране права непосредно израстају на друштвеној основи, да на известан начин захватају и регулишу комплексе друштвених односа који су по свом карактеру економски, па самим тим у њима се више но игде другде осећа дејство економских закономерности, оне носе печат економског стања и економских промена, а то значи и свих друштвених промена. Са своје стране, пак, те „*ране права*“ показују како и колико се може утицати коришћењем правних форми на економски живот и друштвену основу. Такође, из тих разлога су неминовне и разне мање или више изражене остале гране и огранци правног регулисања, па и сасвим нове у вези с насталим крупним променама у склопу постојећег друштвеног поретка, а поготову у вези с темељним променама и новинама, које означава и повлачи за собом извршење револуције.

¹¹⁰⁾ Вид. René Marcic, op. c. S. 156, 199.

5. — Извршење социјалистичке револуције у низу земаља, у разним видовима и с разним домашајима у сваком погледу, означавало је, с једне стране, рушење или уклањање ранијег државно-правног поретка и постепено изграђивање новог, с друге стране. Наравно, док се онс прво сразмерно упечатљиво оцртава у историјским збивањима, оно друго је изузетно сложен, дуготрајан и контроверзан процес који се тешко распознаје, нарочито по својим стварно социјалистичким достигнућима како на плану доиста социјалистичких форми тако и са становишта аутентичне социјалистичке суштине реалних токова. Зато је *питање социјалистичког државно-правног поретка* неизбежно и још увек више на нивоу свог историјског *постављања* него што је доспело до свог неспорног и непобитног историјског *решавања*. То се тиче, наравно, и проблематике „јавног“ и „приватног“ права како у њеном теоријском тако и у њеном практичном изразу. У стриктном научном смислу, а нарочито непосредним тематско-проблемским захватима, још увек се ради о веома оскудним наговештајима који, очигледно, далеко стоје иза могућности које се намећу већ нагомиланим историјским искуством. С обзиром на то овде се може само поменути оно што је најважније.

Пре свега, више но икада ваља разликовати две равни испољавања разлике између „јавног“ и „приватног“ права у социјализму: прва је *доктринарно-теоријска*, са свим пратећим изразима, а друга је *искуствено-реална*, са свим конкретним показатељима у датим државно-правним поретцима. Те равни никако не треба ни поистовећивати ни замењивати, што се иначе најчешће дешава. Јер, социјализам се схвата и као политичка доктрина чији су најауторитативнији представници Маркс, Енгелс и Лењин, али је, несумњиво, адекватније тим изразом обележавати односни друштвени поредак. Због недовољног разликовања ових равни дешава се да уместо посматрања правне стварности *услеђује интерпретативно-херменеутичко* бављење неким исказима (занимљиво је да се то чини с једном узгредном Лењиновом опаском очигледно мотивисаном практично-политичким потребама једног тренутка, а не и целином Лењинових схватања, а што се тиче Маркса и Енгелса на њих као да се заборавило!). У ствари, стварна и дубља истраживања сасвим недостају и утолико је неопходније свестрано ангажовање науке у овом правцу.

Затим, на овоме пољу у највећој мери се испољило дејство *терминолошке стране* проблематике тако да је она, у ствари, потиснула *праву проблематику*. При томе, као да се занемарује општепозната околност да готово и нема научног подручја где не би било и терминолошких питања, да ниједан термин

није беспрекоран, а што се тиче ових термина одавно и непрекидно се изричито напомиње да традицијом укорењени термини ни издалека се не могу сматрати апсолутно прикладним. Према томе, када се с одлучним и неопозивим нагласцима указује на слабост и нетачност тих термина, онда се то чини с пуно разлога. Тако се само у новом историјском, културном и језичком контексту продужује својеврсна скепса према исправности саме терминологије. Али при томе прекорачује се граница термилолошких питања, па се одбацавањем терминологије одбацује и целокупна проблематика, дакле и оно што је за њу најважније, што се тиче самих ствари које се тим терминима обележавају. И као што то увек бива, међутим, одбацавањем термина не могу се уклонити и ствари које имају своје место у друштвеној реалности.

Најзад, ни на овом подручју не може се очекивати изостанак или неко ублажавање *политичко-идеолошке обојености* сваког виђења, промишљања и објашњавања таквих ствари. Напротив, низ околности баш погодује изузетној идеологизацији оних основних питања у овој области. То само по себи, међутим, није нешто дотле непознато, јер је целокупна модерна мисао идеологизована, него су упечатљиве далекосежне последице тога феномена, пре свега оне које су практично паралисале озбиљније научне напоре у истраживању на овом пољу. На тај начин, извесни ставови који су могли имати пуно оправдање, па и објашњење у датим политичко-идеолошким приликама задобијали су значење аксиома и за науку при чему, вероватно, такав учинак није био пожељан, ако се уопште рачунало с потребом и могућностима научног истраживања и једног оваквог предмета. Поготову због тога што једна активистичка и прогресивна идеологија не може бити некаква пука брана плодотворним напорима науке.

Такво стање више-мање показује се у свим социјалистичким земљама, а донекле и у нашој. Додуше, ваља приметити да је у нашој правној науци било сразмерно мало посебних истраживања овог предмета¹¹¹⁾, где се једино и може очекивати неко образложено гледиште. Међутим, у склопу ширих разматрања у систематским делима могу се сусрести и различити ставови¹¹²⁾, а поготову у радовима у којима се узгред дотиче и овај предмет.¹¹³⁾ Тек после једне подробније анализе могла би

¹¹¹⁾ Нпр. Живомир Ђерђевић, Јавно и приватно право у социјализму, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 4/1967, стр. 435—485.

¹¹²⁾ Нпр. Тома Живановић, *оп. с.* стр. 381—384.

¹¹³⁾ Вид. зборник „О систему права СФРЈ“, Београд, Институт за упоредно право — Савремена администрација, 1979, стр. 162.

се дати аргументована оцена третирања овог предмета у нашој правној науци последњих деценија.

Но, и независно од тога изгледа да се готово увек и свуда у средишту контроверзи налази питање значаја и домашаја тзв. *социјалистичке својине*, поред осталог, и за поделу права на „јавну“ и „приватну“ сферу. Добро је познато да је то кључна категорија социјалистичког друштва, али и то да је изванредно сложена и да готово свуда изазива далекосежне расправе које су увек водиле ка откривању мноштва теоријских и практичних момената, па самим тим и до занимљивих гледишта о спољашњим изразима и облицима, али и суштинским својствима овог феномена. Једина тачка у којој се окоро постиже општа сагласност како у редовима марксиста тако и правних писаца у капиталистичким земљама јесте тврдња да је то својеврстан облик *историјске негације система приватне својине*, па је, дакле, и целокупна позитивноправна конструкција овакве својине, као гигантска правна институција која обухвата мноштво ужих правних институција — изграђена као типична супротност и антипод приватној својини. У вези с тим, а можда и на основу извесних доктринарних предубеђења, настају и теоријскоправне конструкције, појмови, дефиниције, схватања о овом феномену. При томе се сматра веома значајним тачно терминолошко означавање, па се зато инсистира на ознакама *државна својина*, *друштвена својина*, *општенародна имовина*, при чему се додају и неки нижи облици звани *колхозна својина*, *задружна својина* итд. И тиме се жели истаћи карактер и природа својине у дотичној земљи, што и јесте најтеже јер се покушава разоткрити суштинска везаност својине за претпостављени, доктринарно-идеолошки одређен, привидан или у извесној мери реалан владајући социјалистички поредак. Шта је посреди, међутим, то је не само *историјско питање* него и најсложеније *теоријско питање*. Управо зато, по мом мишљењу, најприкладније би било говорити о *јавној својини* и њеним модификацијама. Ово нарочито зато што се експлицитно често тврди, а још чешће имплицитно претпоставља да је баш тзв. социјалистичка својина довела до свеопште „публицизације права“, тј. до превазилажења у капитализму стварно постојеће или само привидне разлике између „јавног“ и „приватног“ права, што значи да у социјализму нема и не може бити такве поделе. У ствари, тако се у једном кругу доктринарно-практичне схематике дају наизглед чврста и утемељена решења, колико проста толико и убедљива, а понегде и поткрепљена највишим ауторитетом и идеолошки верификована.

Међутим, чим се искорачи из круга такве схематике и доспе било на терен правне реалности, оно што пружа позитивиз-

но-правно искуство, било у просторе иоле озбиљнијег теоријског захватања ове проблематике, промишљања овог предмета — неизбежно искрсавају разне недоумице. И једна констатација: стварност не оправдава дотичну схематику, јер многе чињенице и околности налазе се у очигледној супротности с њом.

У земљама где постоји владајући систем *јавне својине* постоји и *приватна својина* у мањој или већој мери чак и на оруђима и средствима за производњу која играју спореднију улогу. Иначе, сматра се, на маси потрошних добара постоји тзв. *лична својина* појединаца, па чак ако та добра потичу из функционисања јавне својине. Због свега тога веома је развијено баш *грађанско право* а такође *облигационо право*, затим *наследно право*, а да се и не говори о нужности *породичног права*. Све то постоји и очигледно није истоветно тзв. јавном праву. Затим, занимљиво је да се готово свуда и без икаквих резерви прихвата чак и терминолошко разликовање, рецимо, *међународног јавног права* и *међународног приватног права*, па ако се то чини потпуно оправданим ту, не види се зашто би било истовремено потпуно неоправдано, „неприхватљиво”, „погрешно” итд. слично означавању и на унутрашњем плану. Постоји и низ правних институција које чак и називом показују одговарајуће разлике: *јавни тужилац*, одн. *јавна тужба* као нешто различито од *приватног тужиоца*, одн. *приватне тужбе*; разликују се *јавне службе* и *јавни службеници* од оног што нема таква обележја итд. Такође, разликују се *друштвени интереси*, одн. *државни интереси* и *интереси* многих колективитета од *појединачних интереса*, одн. *интереса појединаца* чак и онда када се декларише њихова апсолутна усклађеност и „хармонија” итд. А када је већ очигледно да постоји већи број „правних грана” и „ограда” у склопу позитивног права и правног система, који припадају двема релативно различитим групама, онда је то најверљивији чињенички доказ могућности њиховог разликовања. Уосталом, све се то показује и на разликама унутар саме правне науке, на издиференцираним научним дисциплинама.

Указујући само на ово и без улажења у разматрање шта све то значи, можемо констатовати да је несумњиво да и у социјализму, наравно сходно његовим специфичностима, постоји поларизација *јавности* и *приватности*. Примерено томе, може се сматрати основним и разликовање тзв. *јавног права* и тзв. *приватног права*.

З а к љ у ч а к

Усмеравајући ово разматрање на *основе* разликовања „јавног” и „приватног” права, настојао сам да у границама мо-

гућности поставим два подједнако важна питања и уједно да на њих покушам назначити и одговоре: прво, сагледавањем главних резултата традиционалне јуриспруденције на овом пољу открили њихове слабости и друго, у склопу својих општих погледа на право оцртати поставке у којима би се огледало и моје гледиште на језгро ове проблематике. Сажимањем резултата у оба назначена правца услеђују и одговарајући закључци.

Критичким претресањем може се утврдити да је у традиционалној јуриспруденцији, услед њених иманентних ограничености, очигледно изстало иоле продубљеније и систематскије истраживање *јавности* и *приватности* као објективних сфера друштвеног живота у политички организованој заједници, у чијим оквирима се нужно конституишу и две специфичне *правне сфере* у виду „јавног” и „приватног” права. Уместо тога да разоткрива карактер ових сфера, традиционална јуриспруденција је настојала да усредреди пажњу на поједине моменте који су, у ствари, својеврсни деривати и еманације дотичних сфера и, онда, редукционистичким извођењем тако фиксираног момента узима као полазну тачку и једини „адекватан” критеријум за разликовање двеју „правних области”. На такав начин, наравно, стварала се својеврсна „изврнута слика” о целом предмету, па самим тим и нису могла уследити задовољавајућа решења о основима разликовања „јавног” и „приватног” права. У таквом третирању могла су се појављивати само разноврсна гледишта о мање или више изразитим показатељима и *назнакама* постојања дотичних двеју сфера, али не и о њиховим суштинским својствима и одређујућем дејству на саме те показатеље. Самим тим није уследило засновано разликовање „јавног” и „приватног” права, већ се само потврђивало осећање о потреби и могућностима таквог разликовања.

Процењујући такве резултате и такве домаћаје, наметнуо ми се закључак да је неопходно усмерити истраживање на *објективни процес поларизације двеју поменутих сфера* нарочито у модерно доба када је структурисање и функционисање како целокупности тако и појединих елемената тако конституисаних сфера изражено у мноштву показатеља. Међутим, баш захваљујући томе створене су могућности да се разотривају дубински слојеви, они суштински momenti и „супстанција” двеју издиференцираних *правних сфера* у виду и с називом „јавног” и „приватног” права. То значи, дакле, да уважавам настојања која истичу то двојство, која покушавају да објасне ту подвојеност, па самим тим одбацују супротне покушаје да се под привидом „монистичких” концепција и решења, у ствари, или порекну све стварне чињенице или да се, напросто, заобиђе реална проблематика, колико присутна у правној стварности толико и

незаобилазна у правној мисли. Критичко преиспитивање традиционалне јуриспруденције у овој ствари, наравно, не може бити некакво вербално одбацавање не само њених покушаја да пружи објашњења о том двојству него и саме основаности некаквог разликовања. Зато сматрам да *нема никаквих научних разлога који би чинили излишним, напоре у правцу заснивања и образлагања једног гледишта о неизбежности и научној релевантности разликовања „јавног“ и „приватног“ права.* У реалности модерног права — како капиталистичког тако и социјалистичког, наравно, следствено њиховим специфичностима — неизбежно се врши својеврсна поларизација сваког тзв. позитивног права или правног система на ове две карактеристичне правне сфере. Управо зато се и врши својеврсна диференцијација и на већи број међусобно блиских и сродних „правних грана“ или, боље речено, *правних сектора*, а у оба та вида уобличених делова права налази се одговарајуће мноштво *правних институција*. С обзиром на то, није довољно само описивање или указивање на упечатљиве показатеље стварно постојећих диференцијација, него је неопходно разоткривање оних *општих и заједничких елемената и својстава постојећих двеју правних сфера, њихових принципа и карактеристичних обележја појединих важнијих момената*. На тај начин се откривају могућности за научне утемељење разликовања „јавног“ и „приватног“ права и за научне консеквенце таквог става. То је, првенствено, одговарајуће уобличавање односних *правних дисциплина* које не фигурирају само као механички збир или скуп подељених дисциплина, него које испољавају своју сродност и дубинску повезаност. На таквој подлози, такође, може се развијати и одговарајућа *филозофскоправна мисао* и изграђивати заиста *модерна теорија права*, разуме се, у разним варијантама.

SUMMARY

THE BASIS FOR THE DISTINCTION BETWEEN „PUBLIC“ LAW AND „PRIVATE“ LAW

In the first part of the essay: *Necessaury Remarks*, the author analyses some of the most important methodological questions relevant for the points of view relative to these problems. They are: unequal terminology, diverse meaning of the concept of law, insufficient distinction between two of the main aspects of this problem (differentiation and polarization of law in reality, on the one hand, and classificational undertakings (projects)

of legal science, on the other hand), the close ties of these problems with the most important dichotomies in law and legal science, the imposition of the exceptional correlation of the given concepts and their antithetic derivation, determination of the „social reality“, differentiation of the legal science into various disciplines in which the same subject-matter is analysed in various ways, the extraordinary strong influence of ideology.

In the second part of the essay: *A Review of the Main viewpoints on the Distinction Between „Public“ Law and „Private“ Law*, the author makes critical comments of the viewpoints on this subject. He has divided them all according to the most significant features these viewpoints deal with: intra-normative criteria are employed by viewpoints which adhere to the very legal norms and (or one of their elements, extra-normative criteria endeavour to underline many viewpoints causing confusion in respect of the elements they are emphasising, partial criteria attempt to make use of the viewpoints devoting extensive significance to certain secondary, elements of law total criteria offer viewpoints which attempt to encompass the whole of the law, but not quite succeed, social criteria lay stress on the viewpoints in which the main role is being played by certain elements of social life, viewpoints refuting the necessity and possibility of such a division offer untenable arguments. In this connection, the author has devoted special attention to the viewpoints of Kant, Hegel and Marx in regard to these problems and set forth a number of their views, on the basis of which there can be seen how and to what extent the modern philosophical and legal thought has dealt with these problems. After that, the author states his main critical comments. Within the scope of his general concept of law, which is in the main a synthetic and realistic one, he emphasises that the dominant weaknesses of the traditional jurisprudence originate from the narrow and normativistic concept of law, due to the equalisation of the concept of law with the concept of the legal norm, and also due to the reductionism which is manifested in all forms and directions.

In the third part: *Polarisation of Modern Law Into „Public“ Law and „Private“ Law*, the author attempts to form his own viewpoint on this complex problem. So, he firstly states his point of departure explaining how he understands the concept of law and the legal system, especially insisting on the need for a general definition of law as well as his view of the law as a real social entity. He specially lays stress on the need for the clarification of the terms of *publicity* and *privacy*, which, in his opinion, is totally missing in the traditional jurisprudence. That presents the real basis of polarisation of these two legal spheres, but the roots and determining factors are to be found in the very foundations of society. Having established that fact the author firstly defines „public“ law, and afterwards „private“ law.

Finally, it is pointed to the main causes of controversy in socialism in respect of this discussion. The main thesis set forth by the author in this essay can be summarized in the following: determining the fact that there are multiple viewpoints concerning „public“ law and „private“ law, we must primarily devote our attention to the basis, reasons and causes which make them possible, for only in that way we can find out whether such a division of law is justified at all, and in socialism particularly. And that has far-reaching consequences for legal science as a whole and the individual disciplines within it.

RÉSUMÉ

LES FONDEMENTS DE LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT „PUBLIC” ET DU DROIT „PRIVE”

Dans la première partie de cette étude „*observations indispensables*” l’auteur examine certaines questions méthodologiques de la plus haute importance desquelles dépendent directement les aspects sur cette problématique. Ces questions sont les suivantes: la terminologie inégalisée, le contenu différent de la notion du droit, la différenciation insuffisante des deux aspects fondamentaux de cette problématique (la différenciation et la polarisation du droit dans la réalité, d’une part, et les entreprises de classification systématique de la science juridique, d’autre part), le rattachement de cette problématique avec les dichotomies les plus importantes dans le droit et dans la science juridique, l’inopportunité de la corrélation particulière des notions données et de leur exécution antiéthétique, en déterminant l’influence de la réalité sociale, la différenciation de la science juridique même en diverses disciplines, dans lesquelles est élaborée par des procédés différents la même matière, la très grande influence de l’idéologie. Dans la deuxième partie de son étude *Aperçu sur les aspects principaux relatifs à la différence du droit „public” et du droit „prive”* l’auteur fait la critique des aspects les plus importants concernant cette matière. Il les a classés en conformité avec les moments principaux qui sont l’objet des aspects en question: les critères d’intranorme utilisent les conceptions qui s’en tiennent à la norme juridique même ou à un de ses éléments, les critères d’extranorme essaient de mettre en relief de nombreux aspects auquel cas ils provoquent la confusion à l’occasion des éléments qu’ils font valoir, les critères partiels essaient d’utiliser les aspects qui attribuent une importance excessive à certains éléments moins importants du droit, les critères totalisants exposent les aspects qui ont pour but d’englober l’ensemble du droit, mais néanmoins ils n’arrivent pas à le réaliser par cette voie, les critères sociaux accentuent les aspects selon lesquels le rôle principal jouent certains facteurs de la vie sociale, les aspects qui rejettent la nécessité et la possibilité d’une telle division mettent en relief des arguments insoutenables. En relation avec ce qui précède l’auteur a consacré une attention particulière à l’exposition des opinions soutenues par Kant, Hegel et Marx concernant cette question et il a présenté toute une série des attitudes différentes prises par ces auteurs et en s’appuyant sur cette base on peut se rendre compte comment et dans quelle mesure la pensée philosophico-juridique moderne a conçu cette problématique. Ensuite l’auteur expose ses observations critiques fondamentales. Dans le cadre de sa conception générale du droit, dans la base synthético-réaliste il constate que les faiblesses principales de la jurisprudence traditionnelle découlent par suite de la notion étroite et normative, à cause de l’identification de la notion du droit avec la notion de la norme juridique, et même à cause de la réductibilité qui se manifeste dans tous les sens et dans toutes les formes. Dans la troisième partie. *La polarisation du droit moderne sur la sphère „publique” et la sphère „privée”* l’auteur s’évertue de bases ses propres points de vue dans cette problématique compliquée. C’est pourquoi il établit ses points de départ en premier lieu et signale comment il conçoit la notion du droit et du système juridique, en particulier en insistant sur la nécessité d’une définition universelle du droit, et de la conception du droit, en tant que création sociale réelle. Il insiste surtout sur la nécessité de l’explication des notions de *caractère public* et de *caractère privé* qui, à son avis, fait défaut totalement dans la jurisprudence traditionnelle. Cela représente la base réelle de la polarisation de ces deux sphères juridiques, mais les racines plus profondes et les déterminantes se trouvent dans les fondements même de la société donnée. En éta-

blissant ces faits l'auteur retrace d'abord le droit „public“ et ensuite le droit „privé“. A la fin l'attention est attirée sur les raisons principaux des controverses à cette occasion dans le socialisme. — La prémisse essentielle que l'auteur développe au cours de toute son étude peut se réduire à ce qui suit: en on constatant l'existence d'un grand nombre de conceptions concernant le droit „public“ et le droit „privé“, nous devons nous préoccuper en premier lieu des fondaments, des raisons, des mobiles qui provoquent ce fait, car seulement de cette manière on peut établir si cette division du droit est justifiée en général, et même dans le socialisme en particulier. Or, cela entraîne des conséquences d'une grande envergure pour la science juridique dans l'ensemble et certaines disciplines dans sa sphère.

др Радомир Лукић, професор
Правног факултета у Београду

UDK — 340.148

ВИШЕ ПОСЕБНИХ ПОДЕЛА УМЕСТО ПОДЕЛЕ НА ЈАВНО И ПРИВАТНО ПРАВО

Хтео бих да кажем само неке просте ствари.

Прво, да утврдим да сам давно променио мишљење о овом проблему. Године 1950. ми смо овде водили дискусију о систему права. Од тада па до сада, више од тридесет година, та дискусија траје. Морам да кажем да ово питање сматрам секундарним. Тада, 1950. године, сам заступао гледиште да би требало преиспитати све старе категорије, поделе у праву итд. и међу њима издвојити понешто што може да се пренесе и у наше право. Између осталог, и поделу на јавно и приватно право. То сам написао и у уџбенику. Међутим, када сам променио мишљење, нисам у књизи ништа мењао, па је остало да сада кажем шта мислим, а што људи који знају како се креће мењање мога мишљења могу да наслуте.

Мислим, дакле, да само тражење шта је јавно, а шта приватно, на основу неке интуиције или на основу речи, не води ничему. Ми не знамо унапред никакву суштинску дефиницију јавног и приватног да бисмо из тога могли извући појам јавног и приватног права.

Мислим, према томе, да утврдити неку такву поделу која ће бити објективна, и уверљива и прихватљива за све, није могућно, јер сами појмови јавно и приватно нису одређени. Другим речима, термини, или речи *јавно* и *приватно*, немају тачно утврђено значење. Више или мање свако може да им да значење које жели. Зато је мој предлог, као и о другим питањима тзв. теорије права, да се не свађамо око термина и да не извлачимо из самих речи, које немају тачно утврђено значење, некаква апсолутно сигурна своја значења. Боље је да, уместо на речи, идемо на конкретније поделе, односно на поделе где неће бити сукоба око значења речи. Зашто упорно остајемо при неодређеним значењима која су прихватљива за остале ауторе?

Значи, треба се вратити на простије ствари, где има очигледних објективних показатеља за неке разлике, које ћемо морати сви да прихватимо. Тако, ако кажемо да постоје правни прописи који се разликују по једном или другом јасном критеријуму, као што је овде наведен списак тих критеријума, то је довољно. Тако има односа у којима је држава субјект и употреба власт, има прописа који регулишу једну или другу област, има једних који штите више јавни интерес (а тај јавни интерес можемо дефинисати на неки начин који ће бити довољно јасан — рецимо, интерес друштва као целине, или државе, или ширих друштвених група, насупрот интересу појединца или не знам кога) итд. Ту се можемо сви сложити. Зашто се сад гложити шта је од тога јавно или приватно право кад је ту слога немогућа? Можемо према овим критеријумима да направимо десетак таквих подела или можда и више. Зашто сада треба да покушамо да једна од тих подела буде подела на јавно и приватно право?

То је све што сам хтео да кажем. Вероватно вам се чини да то не значи ништа, а можда и не значи. Али за мене је то веома важно са методолошког гледишта. То значи, да треба, да се поставимо тако да дискусије које ничему не воде, јер се никад неће доћи до сагласности, не треба ни водити.

Треба се вратити на оне конкретне поделе где нам речи имају више или мање јединство, општеприхваћено значење. То значи, уместо да тражимо једну химеру, јавно и приватно право, ја ћу рећи, као што сам рекао, да има група прописа, које се обликују овим, оним итд. у чему смо сви сагласни. Тако се добија више конкретнијих подела, општеприхватљивих, уместо једне — поделе на јавно и приватно право — око које има толико разлика да је јасно да је неприхватљива. Одбацимо, дакле, покушаје дељења права на јавно и приватно и делимо га на право које регулише односе где држава има власт и оне где поступа као обичан субјект, без власти, на право које штити општи интерес и оно које штити приватни или групни итд., итд.

О ПОДЕЛИ НА ЈАВНО И ПРИВАТНО ПРАВО У ПРАВУ ГРЧКИХ ПОЛИСА

Није ретка појава да се приликом изучавања историјских феномена, како се то обично каже, садашњост пројектује на прошлост. Такав манир се често може срести и у литератури о праву у полисима античке Грчке, посебно када се говори и оперише са поделом на јавно и приватно право. Основа за такве ставове се углавном проналази у познатом разликовању две врсте тужби чије је постојање карактерисало грчко право: то су тужба *dike* и тужба *graphe*. Притом се по правилу *implicite*, *explicite* или понекад и механички примењује критеријум начина иницирања заштите (по приватној иницијативи или по службеној дужности) или, још чешће, критеријум интереса који се штити, формулисан још код Улпијана у Дигестама.

Тако се обично каже да тужбу *dike* могу подносити само заинтересоване странке односно да је она у суштини била приватног карактера, док је тужба *graphe* имала карактер јавноправне тужбе и могао је подносити сваки атински грађанин. Разграничавања ради ваља, наравно, одмах напоменути да се и једна и друга тужба могла подизати независно од тога да ли је у питању грађанскоправна или кривичноправна заштита.

Да бисмо избегли навођење обиља примера где се среће такав приступ, које би било сувишно с обзиром на карактер овог саопштења, поменућемо само један, довољно илустративан и потпуно индикативан случај. За поделом старог грчког права на јавно и приватно, која се изводи на наведеним основама, у суштини се поводи и писац до данас најобимнијег дела о атинском праву. Боше се у својој четвортомој *Histoire du droit privé de la république athénienne*, како већ сам наслов дела говори, ограничава на „атинско приватно право”, објашњавајући у предговору шта под тиме подразумева.¹⁾ Тај приступ писца,

¹⁾ Beauchet, L., *Histoire du droit privé de la république athénienne*, I — IV, Парис 1897, стр. XLVIII: Dans notre expose du droit attique nous

међутим, доводи догле да је из принципијелних разлога из фокуса свог истраживања морао искључити такве проблеме као што је нпр. стицање и губитак права грађанства — без чега је немогуће разумети и објаснити бројне специфичности права грчких полиса, све што се односи на кривично право—па и такве кривичне тужбе чија је функција заштита приватне својине, целокупно процесно право — мада би се могло рећи да и у Грчкој средства правне заштите немају само значај формалног права, већ и ту у извесним елементима, као и доцније у Риму, *actio stvera obligatio*, итд. Искључивост при одређивању односа јавног и приватног права, када је у питању античко грчко право, већ се самом Бошеу показала као лимитирајући фактор који се морао превазилазити. Тако је он ипак био принуђен да читавих шездесетак страна говори о „грађанским тужбама” којима се штити својина, а међу њима и о тзв. *dike exoules*, за коју и сам признаје да у „извесном обиму има карактер кривичне тужбе”. Исти проблем се понавља и када на четрдесетак страна говори о тужбама које се односе на туторство, које су највећим делом кривичноправне по својој природи. Таквих и сличних примера има напретек како код Бошеа, тако и у широј литеуратури о грчком или атинском праву. Закључак да подела на приватно и јавно право није примерена атинском и грчком праву уопште, нити је плодносна при његовом проучавању, изгледа већ отуд вероватан. Ипак, као да се не примећују наведена ограничења која су се манифестовала већ у том раду од пре скоро једног века, у литератури о праву грчких полиса се и даље често може срести баратање без довољно опреза са појмовима јавно и приватно право. Стога се чини умесним скренути пажњу на основне разлоге због којих се наведена дихотомија не може безрезервно односити ни успешно примењивати када је у питању античко грчко право.

Први разлог, мада формалне природе, ипак није упутно заобићи. Терминолошко разликовање појмова „приватно” и „јавно” у римском, као и у данашњем значењу, није било својствено речнику старог Грка. Све оно што је јавно право у модерном смислу речи, за пуноправног Атињанина била је исто-

en sommes tenu aussi rigoureusement que possible à ce que l'on nomme le droit privé c'est-à-dire à cette partie du droit qui embrasse les rapports d'homme à homme, que ces rapports naissent de la situation d'un individu comme faisant partie d'une famille, ou des droits qu'il peut exercer directement sur certaines choses, ou enfin des droits dérivant des engagements pris envers lui directement ou indirectement par autrui. Nous avons donc laissé en dehors de notre travail le droit public, c'est-à-dire cette partie du droit qui règle les rapports l'individu avec l'association politique dont il est l'un des membres

времено и његова „приватна“ ствар, за чије је решавање и сам заинтересован и у коме учествује као грађанин полиса. Стари Грци, отуд, нису имали други, приближнији назив за појам „јавно“ сем придева *politikos*. Етимолошка основа тог термина, како је познато, везана је за реч *polis* (град-држава), те је његово значење отуд пре свега „грађански“, а тек затим „политички“, па утолико и „јавни“.²⁾ С друге стране, придев *idiotikos*, који се може преводити са „приватни“, а који је доста далеко од данашњег правног значења те речи, није ништа друго до антипод појму *politikos*. Шта више, *idiotes* (одакле деривира реч идиот у модерним језицима) је за Грке изворно „лице које се не бави политиком“, човек који не учествује у животу полиса.³⁾ Етимологија, дакле, очито не даје снажну подршку схватању да се у грчком полису може оштро и успешно разграничити и издвојити сфера јавног и сфера приватног права.

Од већег је значаја, наравно, садржинска страна проблема. Она је обележена карактером друштвено-политичких односа у грчком полису, чије је основне елементе, и поред разлика у политичком уређењу разних полиса, могуће у главним потезима генералисати. Наиме, небројено много извора говори да је најзначајнија компонента која је сачињавала сваки полис и којој се у сваком граду-држави поклањала велика пажња, био *oikos*, с обзиром да је представљао базу на којој су се изградивали политички односи полиса. Да би се разумела суштина политичког бића полиса, њега треба у анализи раščланити на његове најмање и најзначајније делове, основне економске и политичке ћелије — породицу, *oikos*: овом мишљу Аристотел започиње своју „Политику“.⁴⁾ Основна политичка идеја на којој је почивао полис, није било ни територијално одређење простирања суверене власти, ни неки релативно апстрактни концепт као нпр. *res publica*, већ идеја коју формулише Тукидид речима „Људи су полис“; полис је заједница, држава грађана.⁵⁾ Философи ће ту идеју довести до практичног закључка да полис треба да буде само толики да се сви грађани могу међусобно познавати. Полисно организовање је очигледно сачувало неке елементе друштвене кохезије, који су били карактеристични за родовско друштво. Појединац је само утолико био грађанин уколико припада једном *oikosу* и фратрији, деми и фили; по-

²⁾ Горски, О. Мајнарић, Н., Грчко-хрватскоосрпски рјечник, Загреб 1960, 457.

³⁾ Упор. и Станојевић О., Историја политичких и правних институција, Крагујевац 1979, 102.

⁴⁾ Аристотел, Политика 1952 а, Београд 1960 (превод Љ. Црепајац).

⁵⁾ Тукидид, Повијест Пелопонеског рата VII 77, Загреб 1957 (превод С. Талев). Упор. Ehrenberg, V., *Thegreek State*, Лондон 1974, 88.

литички значај ових пресудан је за политички живот полиса.⁶⁾ Отуд појединца и оикос за полис везују сасвим другачије споне него Римљанина и његову фамилију за државу. Стога у грчком полису сфера „приватног“ у животу појединца и његове породице улази највећим делом, ако не и у целости, у сферу интереса града-државе као целине.

Посебно ћемо, стога, скренути пажњу на још једну компоненту која је, у правном систему грчких полиса, од битног утицаја за сагледавање преплетености оног што се назива приватно и јавно право. Скоро да нема значајнијег извора о античкој Грчкој који не помиње постојање веома изражене бриге коју је полис показивао у циљу очувања непромењеног броја породица-оикоса и спречавања његовог гашења.⁷⁾ Друштвено-економски и политички значај оикоса је посебно изражен у аристократским полисима, посебно дорским (Спарта, Крит, Тесалија), где се преко оикоса вршила организована колективна експлоатација зависног становништва на сасвим специфичним основама.⁸⁾ Но, и у демократским градовима, а наполе у Атини, постојао је сличан друштвено-економски и политички императив: своју економску стабилност полис и друге значајне политичке групације (деме, фратрије, итд.) извлачили су из прихода од оикоса који их сачињавају. Отуд и животна заинтересованост друштва за очување свих ћелија полиса. Док је породица у Риму посматрана као сфера у којој доминира неограничена власт *pater familias*-а, где није долазило до значајнијег мешања јавне власти у породични живот, дотле се у Грчкој она доживљавала као једна заједница у оквиру политичке и религијске организације грађана полиса. Ту је, стога, како би се данас рекло, мешање града-државе у породичне односе вишеструко заступљено. Ако се и уздржимо од навођења екстремних примера потпуног подређења породичног живота полису, као нпр. у Спарти, остаје несумњиво да је нпр. у демократској Атини и у низу других полиса архонт имао законску обавезу старања да се оикос не испразни, те је чак измишљена и установа постхумне адопције, где су потпуно измешани јавноправни и приватноправни елементи;⁹⁾ да је тужба графе против нежења такође има-

⁶⁾ В. ближе са доста извора Lacey, W. K., *The Family in Classical Greece*, London-Southampton 1968, 90.

⁷⁾ В. нпр. Аристотел, *Политика* 1265 а — 1270 б; Платон *Законои* 740 А-Е, Београд 1971 (превод А. Вилхар), итд.

⁸⁾ В. ближе Аврамовић, С., *Рано грчко право и Гортински законик*, Београд 1977, 123 (магистарски рад).

⁹⁾ О свом специфичном институту грчког права, који своје име дугује Даресту, в. детаљније код Аврамовић, С., *Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву*, Београд 1981, 213.

ла сродну функцију и смисао као и тужба *dike paranoias* против лица која расипају имовину доводећи у питање економски опстанак оикоса. Све ово Грци, наравно, нису доживљавали као мешање јавног у приватно право нити као ограничавање приватног интереса јавним, већ као логичну последицу специфичне полисне организације и постојања јединственог, општег интереса грађана.

Такво схватање се у посебно изоштреном виду може сагледати када је у питању интервенција државе у области наследног права. За политичку заједницу какав је полис, није било свеједно ко ће да ступи на место лица чији је живот престао — за модерно право једно приватноправно питање *par éxcellance*. Законодавство полиса, међутим, потпуно забрањује оставиоцу који има синова да изражава последњу вољу путем тзв. тестаментарне адопције, иначе једног и ограниченог механизма универзалног располагања за случај смрти који је познавао грчко право.¹⁰⁾ Синови су морали обезбеђивати политички континуитет оикоса, уколико их је било. У Грчкој је, за разлику од Рима, најзначајнија била чињеница да наследник пре свега замењује претка у представљању оикоса у политичкој организацији и политичким односима полиса. Принцип продужења оикоса преко законитих десцендата био би прекршен уколико би *de suiis* изјавом своје воље могао одредити за наследника страног лице: отуд грчко право и не познаје институционални тестамент. У изворима нема ни наговештаја да је овакво ограничење аутономије воље могло бити условљено нпр. фискалним интересима, као у позној римској империји, када држава ограничава тестаментарно располагање. Напротив, илустративно је да извори нису забележили бројне примере где грађани не би поштовали ово опредељење права полиса; отуд би се рекло да је такво схватање о наслеђивању било део социо-психолошког система атинских грађана, део дубоко усађеног осећања да општи, политички интерес налаже баш такав начин продужења оикоса. Поред тога, да би се могућност гашења оикоса избегла, сва позната права грчких полиса користе и установу епиклерге (ћерке-наследнице), која после смрти оца, уколико нема браће, стиче извесна овлашћења према породичној имовини, али и друштвену обавезу да кроз инцестоидну везу са својим најближим сродником (стрицем, братом од стрица, итд.) обезбеди рађање мушког потомка, који ће преузети оикос.¹¹⁾ Мешање

¹⁰⁾ Ова забрана се везује још за Солоново право, в. Demosthenes, (46) C. Stephanos II, 14, Cambridge-London 1962 — 1970; Isaeus, III 68; VI 9, Die attische Beredsamkeit, II, Leipzig 1892.

¹¹⁾ О овој карактеристичној установи грчког права доста се писало. Међу најуспелије радове свакако спада студија Gernet, L., L'épicié-

„јавног” и „приватног” у грчком наследном праву се, дакле, такође чини веома израженим.

Већ на основу ових наведених разлога, мада су дати у најгрубљој скици, изгледа да се може рећи да подела на јавно и приватно у праву грчких полиса, схваћена онако како се најчешће од римског права до данас схватала — према критеријумима интереса који се штити — представља својеврсну *contradictio in adiecto*. Уколико се тесна повезаност јавне и приватне сфере у полису не би имала у виду, правни систем грчких градова држава, а поготово њихово процесно право и разликовање тужби *dike* и *grafe*, доиста би могли изгледати неразумљиви модерном посматрачу. Чуђење би изазивала околност да су нпр. за умишљајно и нехатно убиство поступак могли покретати само рођаци убијеног путем „приватне” тужбе *dike*, а да се, с друге стране, тужбом *grafe* — „јавном тужбом” покрене поступак када је у питању прелјуба, подвођење, проституисање дечака, потказивање, па чак и крађа¹²⁾ Како би се објаснило да је ову врсту тужбе могло подићи било које треће лице или епиклера (ћерка-наследница која нема браће и која се у случају смрти свога оца морала удати за очевог брата) против свог рођака — мужа који не обавља брачне дужности, најмање три пута месечно.¹³⁾ Може ли се и то квалификовати као мешање јавног права у приватно?

Линију разграничења јавног и приватног права у грчком праву, поготово ако се као критеријум узме интерес који се штити, дакле, није лако, ако није и немогуће одредити. Сигурно је једино да инсистирање на диференцирању на тим основама не би допринело бољем разумевању специфичности старог грчког права. Напротив. Све у свему, изгледа да наведене околности, маколико сумарно изложене, воде ка закључку да су у праву грчких полиса сфере оног што се данас назива јавно и приватно право биле тесно преплетене: оне су шта више, с обзиром на специфичност полисне организације и његовог правног система, рекли бисмо, сачињавале неодвојиву целину. Сваки покушај насилног теоријског раздвајања тих двају сијамских близанаца у грчком праву неминовно би, чини нам се, водио као уништењу суштине њиховог јединственог бића.

rat, *Revue des études grecques* 1921/24. На нашем језику нешто више о том питању в. Аврамовић, С., Епиклера, *kadestai i epibalontes* — спорне установе раногрчког права, *Анали Правног факултета у Београду* 1979) 5—6.

¹²⁾ В. Ближе Harrison, A. R. W., *The Law of Athens, II, Procedure*. Oxford 1971.

¹³⁾ Plutarch, *Solon* 20, Плутархови изабрани животописи знаменитих Грка и Римљана, I—II, Загреб 1891—1892 (превод С. Санц).

ЗАПИС О „ЈАВНОМ” И „ПРИВАТНОМ” ПРАВУ

Записујући усмене изложене опаске о предмету нашег разматрања, ограничићу ово уобличавање само на главне ставове и то на такав начин да се бар донекле задржи разговорни оквир и некако отслика подлога коју су пружили писмени реферати. То ће, надам се, омогућити и читаоцима ових текстова да са што мање тешкоћа прате и једно овакво излагање.

Овакви разговори су нам неопходни, па је заиста велика штета што их ретко водимо. Утолико више дугујемо захвалност пре свега организаторима овог саветовања због успешно обављеним припремних послова и изражене спремности да допринесу што успешнијем току саветовања, објављивању његових резулата итд.

1. — Несумњиво је да је изванредно одабрана и погођена *права тема*: колико стара толико и актуелна, колико понуђена научницима толико и практичарима, колико намењена теоретичарима толико и специјалистима за конкретноправне дисциплине. Ова тема налази се на тачки сусретања и укрштања готово целокупног знања о праву, његовог историјског развоја, многих и различитих правних искустава, непрегледног чињеничког материјала, многих уобличених научних дисциплина, правних пре свега али и осталих. Баш овакве теме упечатљиво показују да су све правне дисциплине за многе теме подједнако заинтересоване, али их обрађују сходно својим специфичним приступима, па зато и настаје оно разноврсно третирање различитих страна и момената таквих предмета. Ти различити захвати, међутим, само потврђују да је знање о праву, односно *правна наука у целини*, по својим битним обележјима и у својој основи — *једна и јединствена*. Разне поделе на низ научних подручја, научних дисциплина, предмета изучавања итд. често су мотивисане превасходно институционалним, педагошким и другим разлозима, а не само научним. Штавише, често се стиче утисак да су те поделе више привидне и вештачке но што су стварне и природне.

Таква слика о правној науци, наравна, на свој начин показује и оно што је далеко значајније — да је само *право као друштвена творевина*, у историјској реалности, увек и неизбежно изграђена као *једна и јединствена целина*, као једна специфична структура унутар глобалне друштвене заједнице, као један изузетно сложен систем који је тако структурисан и функционално постављен да може остваривати веома сложену улогу, било самостално, било заједно с државом и неким другим творевинама. Захваљујући таквој својој системској јединствениости и целовитости, али и унутрашњој рашчлањености, подељености на разне делове, деоне јединице, а особито оно мноштво уобличених и различитих мањих и већих правних институција — право мора изазивати баш такву пажњу правне науке, па и консеквенце у њеним методама и постигнутим резултатима.

2. — Подела на „јавно” и „приватно” право има изузетно велики значај у сваком погледу, па би се чак могло рећи да она много више открива у бићу самог права, с једне стране, и у карактеру правне науке, с друге стране, него што се то привидно и непосредно показује у некој расправи о томе, па и у свим нагомиланим одговарајућим резултатима. Не ради се ту о неком пуком техничком питању, искрслом и задржаном у схоластичко-цепидлачким навикама и настојањима правника и правничког мишљења. У ствари, ради се о једном од низа кључних питања права и правне науке. Баш зато ваља одмах указати на неколико момената који сами по себи представљају својеврсне показатеље о особеностима једне овакве теме и целокупне односне проблематике. Ово утолико пре и више што се баш у тим моментима виде не само различите равни у третирању овог предмета већ и неки корени забуна, заблуда и неспоразума који тако често и изразито искрсавају.

Прво, овде постоји својеврсна *интерпретативна и херменеутичка проблематика* коју карактерише тежња да се на неки начин покажу, протумаче, разјасне и схвате значења поделе на „јавно” и „приватно” право, па било да се она јавља у теоријској мисли, доктрини и концепцијама најистакнутијих и спореднијих представника правне науке у прошлости или данас, било у самом законодавству и прописима, у законским текстовима који иначе имају велики домаћај и запаженији историјски смисао (нпр. у случају великих кодификаторских подухвата), било у искуству и пракси историјски уобличених и утицајних слојева професионалних правника, њиховим схватањима, па и одговарајућем поступању у датим условима, средини и времену. Ако се жели открити шта је који мислилац, писац или аутор рекао о овој подели (као што то заиста упечатљиво

илуструје реферат проф. др Ж. Борђевића и асист. мр. В. Водинелића) — онда се налазимо и крећемо само на тој равни.

Друго, ова проблематика може имати печат настојања да се *захвати историјски материјал*, скуп одговарајућих података и чињеница, било из даље или ближе прошлости, и то посматрањем једног низа државно-правних поредака или само једног од њих, у датим временским и просторним координатама. На тај начин се жели чињенички засновати, потврдити или оповргнути неко, нечије и некакво схватање о овој подели. Исто тако, конкретан материјал и подлога се може тражити у постојећем државно-правном поретку с тежњом да се утврде његове специфичности. Наравно, овакво третирање дотичног предмета, без обзира да ли се јавља у историјскоправним или позитивноправним дисциплинама, а понекад и изван њих, бар може претендовати на научност, могућност верификације изнетих гледишта. У одређеном смислу то и јесте најважније, јер се тако истраживања о насталим схватањима поводом поменутих поделе постављају на раван чињеничког света уопште, а праног света посебно и с његовим специфичностима.

Треће, ова проблематика се може појављивати у једној *сложеној и апстрактној равни* где се на изванредан начин укрштају и стапају најразличитији чиниоци мишљења о дотичном предмету: разлози, поводи и мотиви ове поделе, чињенице које иду у прилог теоријским и апстрактним конструкцијама, појмовима и поставкама, филозофске и идеолошке претпоставке које се огледају како у третирању целокупног предмета тако и његових појединих момената, реални теоријскоправни и филозофскоправни погледи који се разликују од пуких схоластичких спекулација, друштвени, политички и културни оквири у којима се јавља не само ова подела већ и њено потврђивање и прихватање у правној мисли итд. Наравно, све ово је највидљивије у одговарајућим дисциплинама које обухватају најопштија и најапстрактнија знања о праву. То су *Филозофија права*, затим *Теорија права*, а у одређеној мери и *Социологија права* и то без обзира колико су засебно уобличене. У таквим знањима се неизбежно намећу и питања о овој подели.

Четврто, следствено томе огледа се и онај најдалекосежнији значај ове поделе, па самим тим и њено најдубље значење. Не доводећи у питање и не обезвређујући разна друга значења, несумњиво је да се мора нарочито нагласити да ова подела има велики *онтолошки значај*, јер пружа могућност потпунијег сагледавања специфичне природе права, водећи рачуна о овако издиференцираним његовим делима. Она има велики *гносеолошки значај* утолико што пружа претпоставке и постаје конвенција за специфично двоврсно сазнање права. Она, најзад, има

и одређен *аксиолошки значај*, јер омогућује и условљава двоврсно вредновање права и правних институција. А то све заједно само потврђује изнети став да се ова проблематика мора налазити и у *Филозофији права*, да она мора бити осветљавана и с њеног становишта, у њеним категоријама, у њеним појмовним оквирима и систематским поставкама. Тај предмет се не може игнорисати ни у овој дисциплини, већ напротив мора се стављати у само средиште њеног интересовања. Тако се показује да и ова дисциплина има везе и с правном стварношћу и с разним конкретноправним истраживањима. У томе се показују могућности плодносне сарадње различитих дисциплина, а то се, на жалост, понекад занемарује.

3. — Самим тим ваља имати у виду и одговарајући *методолошки значај* свега онога што условљава и прати једну овакву поделу, па и оне тешкоће и незгоде што се у вези с тим мање или више испољавају.

Пре свега, овде као и свуда није безначајно *питање терминологије*, једно у основи језичко питање, али ништа мање и специфично правно и правничко. Добро је што се често настоји достићи што адекватнија терминологија, али је сигурно да се цела ова проблематика не може прогласити као резултат некаквих пукних термиолошких натезања и неспоразума. Јер иза термиолошких проблема увек се крију дубљи и стварни проблеми.

Исто тако, несумњиво је да ова подела увек почива на неком више или мање развијеном *теоријском становишту* које карактерише одговарајућа методологија, а које се огледа у целокупној проблематици права или појединим основним проблемима. Ако није непосредно видљиво и развијено дотично опште становиште, оно се претпоставља или се уклапа у систематским извођењима постојећих праваца, школа, теорија и концепција. Према томе, разне варијанте у погледима на овај предмет најчешће су само својеврсни „деривати“ општетеоријских погледа, нарочито оних најистакнутијих. Сходно томе, *филозофскоправни* и *теоријскоправни* али и *позитивноправни* и *историјскоправни* захвати овог предмета, у сваком поједином случају, морају имати неки шири оквир у склопу кога се једино и могу ваљано разумети и процењивати.

Даље, ова подела се непосредно повезује с извесним ставом у погледу самог *појма права*. Познато је да правна мисао не располаже једним и јединственим појмом права. Зато и постоји огромна разноврсност датих дефиниција права. То се непосредно одсликава и на појмове „јавног“ и „приватног“ права, па и на третирање целе ове проблематике или појединих њених момената. Без обзира да ли је изричито наглашено или прећутно прихваћено неко гледиште о појму права, оно предодређује и

ове изведене појмове. Појам права налази се у самом језгру свих оваквих разматрања, а нарочито оних расправа и спорова који су непрекидно пратили основне токове правне мисли. — Наравно, исти разлози оваквих веза огледају се и онда када се истиче појам *правног система* као полазна тачка расправљања о „јавном” и „приватном” праву. Наиме, зависно од тога како се уопште схвата право и како се дефинише „правни систем” следи и одговарајуће третирање „јавног” и „приватног” права. Многе теорије, међутим, развијају се без дубље промишљености ових веза, па међузависност свих појмова открива или њихов иначе „природан” и неопходан склад, али често и очигледне противречности, неусклађености. Зато, најпре се мора обратити пажња на ове везе. Што се мене тиче, налазим да се појам „правни систем” мора логично извести из датог општег појма права, па на тој основи вршити односне анализе.

Кад већ то помињем, морам посебно да нагласим свој став у том погледу. Чини се очигледним да су *све традиционалне дефиниције права уске и редукционистички конструисане*, а нарочито оне које свде појам права на појам правне норме. Такав појам права је тесан и неподесан уопште, а нарочито за утврђивање адекватних појмова „јавног” и „приватног” права. По мом мишљењу, цела историја ове проблематике и контроверзи које су је пратиле снажно илуструје потребу за стварањем друкчијег, сложенијег и ширег појма права. Следствено томе мора се констатирати и појам правног система. То значи да у појму права морају имати место не само правне норме већ и остали елементи права, односно правне структуре (тј. правни субјекти, правни акти, правни односи, правни објекти и сл.). Право као сложена друштвена творевина обухвата све те елементе, па зато има разне стране, својства и моменте. Управо зато, по мом мишљењу, разна схватања су настојала да и „невесно” изиђу из тесних оквира редукционизма баш тим настојањем да поред и изван правних норми упозоре и на поменуће елементе као критеријума поделе на „јавно” и „приватно” право. Штавише, многе од њих су биле принуђене да потраже и неке изванправне моменте и чиниоце. Тако се и добио низ различитих критеријума ове поделе: према својствима субјектата, карактеру правних односа, природи правних аката, обележјима правних објектата, према испољеној власти, интересима, циљевима. Редукционисти би морали, ако су доследни у мишљењу, остати само на терену правне норме и, евентуално, тражити у њој самој основу дотичне поделе. Ако то не чине, они напуштају, у ствари, сопствени терен и оповргавају своја полазишта. Они и нехотице потврђују да је право, у ствари, изванредно сложена и динамична творевина, с одговарајућим устројством

и динамиком свог стварног постојања баш захваљујући повезаности тих различитих елемената. Тако се показује да су правна реалност и историјско искуство много сложенији него што је то она формализована нормативна структура коју они иначе и начелно једино признају као начин постојања права.

4. — Имајући то у виду, заиста морамо темељно и критички *преиспитати* све постојеће тековине правне мисли које се тичу поделе на „јавно” и „приватно” право. При том морамо водити рачуна о свим околностима (историјским, филозофским, политичким, идеолошким итд.) које се овде на неки начин испољавају. Тек тако се може одговорити на питање о *могућности и оправданости* једне овакве поделе. И то како у прошлости тако и у савремености, па и на тлу једног позитивног права. То значи да се може истраживати ово питање и у склопу нашег, југословенског права.

Одмах наглашавам да се термилошка ваљаност разликовања „јавног” и „приватног” права мора некако довести у питање, тј. користити их с извесном резервом кад већ не располажемо неким прикладнијим изразима. Уосталом, ови изрази никад нису били сасвим адекватни и срећно одабрани. Они не могу сасвим тачно изразити оно што се њима жели назначити. Зато сматрам да ове ознаке треба стављати у наводнице или испред тих назива увек стављати оно „тзв.” Уосталом, такво релативизирање прикладности ових термина намеће и чињеница да су они током историје и иначе добијали веома различиту садржину.

Да би заузеле став у погледу ове поделе, свакако се може узимати у обзир и постојање других уобичајених подела права или правног система на извесне, како се обично каже, правне области, а то су *међународно право* и *унутрашње право*, *материјално право* и *формално право*, а код нас и *тзв. државно право* и *тзв. самоуправно право*. Очигледно све ове поделе настају пре свега некаквим објективним раздвајањем унутар самог права, па се то покушава теоријски изразити својеврсним дуализмима, дихотомијама, с одговарајућим појмовима и поставкама. Међутим, сва оваква подвајања унутар права и правне мисли никада се не могу извести сасвим чисто и прецизно, већ увек и само приближно, условно и оријентационо.

У вези с тим и на таквој основи олакшано је сагледавање и истраживање једне од најважнијих подела унутар права. Таква подела је, у ствари, резултат једне објективне и неизбежне *диференцијације* самога права која се чак испољава и као типична и карактеристична *поларизација права*. То значи да у самом праву постоје и дејствују чиниоци услед којих настаје такво унутрашње подвајање које погађа како целокупно право

тако и његове саставне делове. То је толико важна подела да се она не може повезивати само с неким релативно споредним чиниоцем, па без обзира да ли је то неки од саставних елемената права или неки делимичан чинилац који је смештен у друштву и који као такав у одређеној мери дејствује на право. У таквом процесу поларизације заиста се не појављује само један чинилац, па сходно томе и не може му се приписивати значај јединог и одлучујућег чиниоца и критеријума овако важне поделе права. А када је већ тако онда то значи да се ту појављује дејство *укупности чинилаца* или, пак, привидно један чинилац који је толико сложен и садржајан да у себи садржи и некако обухвата, у крајњој консеквенци, једно мноштво чинилаца. При том, наравно, битно је да баш то постоји и дејствује, а како се то пројцира у правној мисли, у науци, филозофији, теорији, истраживању — то је друго питање. Јер, познато је, да то стање и постојање нечега само по себи може остати и незапажено у истраживању и научном мишљењу. Управо то и намеће потребу да се што потпуније истражују *објективни разлози* и стварно постојећи *комплекс повезаних чинилаца* који изазивају једну овакву поделу. Само тако се могу избећи замке уобичајених упрошћавања.

По мом мишљењу, диференцијација и поларизација права коју означава разликовање „јавног“ и „приватног“ права појављује се у вези с раздвајањем двеју посебних сфера — *тзв. јавне сфере* и *тзв. приватне сфере*. То су сфере друштвеног живота које се непосредно изражавају и потврђују уобличавањем дотичних делова права, правне структуре, правног система. Услед тога и настају посебна обележја појединих елемената права, а то првенствено значи и уобличених и спецификованих главних грана права и, евентуално, њихових огранака, па и целог мноштва различитих правних институција. При том сама поларизација означава чињеницу да право не може бити уобличено само преко једног од тих делова, уз истовремено елиминисање другог дела. У стварности свих правних система, а нарочито модерних и садашњих, таква подвојеност је *неизбежна* и *иманентна*, па су зато и сви покушаји њеног упрошћеног и, у основи, идеолошког оповргавања осуђени на промашаје и заблуде. А то значи да и законодавци и научници морају некако уважавати и назначити такву подвојеност унутар правне структуре и израђеног правног система.

Овом приликом, међутим, немогуће је излагање иоле развијеније аргументације. Зато ћу само указати на место и улогу појединца у овим сферама, а посебно у *тзв. приватном праву*. У одређеном смислу то је превасходно *сфера појединца, човека и грађанина*, при чему и сфера *тзв. јавног права* подједнако

омогућује испољавање таквих људских својстава. Битно је да ове категорије не треба узимати у неком метафизичком и индивидуалистичком смислу. У ствари, неопходно је третирање појединца као реалне јединке која једино обезбеђењем своје сфере, бивствовањем у њој, може остваривати и развијати своје друштвено биће, а то значи бити састојак целокупне друштвене заједнице, дакле и постојеће реалности и њених политичко-правних институција. То значи да се појединац може уклопити и у тзв. јавну сферу и ту задобијати одговарајуће изразе и потврде. На тај начин, појединац, човек и грађанин, с једне стране, и друштвена заједница, с друге стране, добијају печат подељености ових двеју до извесне мере опречних сфера, а то значи сфера које су међусобно комплементарне. То се само приближно испољава поларизацијом целокупног права. Управо због тога оваква подела је постала историјска нужност, у свом пуном значају и значењу, тек следством тековина Француске револуције 1789. године, па и осталих буржоаских револуција. Оне су сразмерно својој довршености или извођењу уклањале историјско биће поданика, и на његово место истицале категорију грађанина. У том свом виду и изразу човек постаје све више и све нужније окосница и средиште модерног друштвеног, политичког, правног и осталог живота. Афирмисањем грађана, с његовим специфичним интегритетом, политичком улогом и могућностима, а нарочито његово раздвајање од неприкосновене сфере државе, организоване моћи и власти, монополизоване принуде и ограничења, па чак и стварањем одређених институционалних оквира за одговарајућу слободу појединца и извесно супротстављање држави — потврђена је и подела на тзв. јавно право и тзв. приватно право. Тако афирмисање човека-грађанина у две правне раздвојене сфере је наметнуло потребу за уобличавањем једне целе серије тзв. субјективних права, али и серије корелативних дужности. Тако је постепено и, наравно, само у виду делимично оствариване тенденције уместо категорије поданика, својствене феудализму и сваком облику његових остатака, мукотрпно израстала категорија грађанина управо на тлу и у оквиру буржоаског поретка. Тако појединац као такав и као припадник одговарајућих група постаје историјски димензионасан субјект политичког и правног живота. То је циновски корак напред у прогресивном развоју политичке заједнице и њених правних институција. Међутим, истовремено с тим неизбежно су се откривала и сва историјска и објективна ограничења таквог историјског тока и поменуће тенденције. У целокупној друштвено-економској структури капитализма, у његовом владајућем систему приватне својине и то пре свега на основним оруђима и средствима производње, у успоставље-

ној економској и политичкој доминацији буржоаске класе, у функционисању разних механизма којим се њена моћ обезбеђује итд. — налазила су се непрелазна класна ограничења, постављена испред радничке класе као такве, а у крајњој линији и испред свих социјално инфериорних појединаца, па самим тим и испред самог народа.

Узимајући у обзир тако историјски афирмисане две сфере, сферу у којој се налази *тзв. јавност* и следствено томе и *тзв. јавно право*, на једној страни, и сферу у којој се налази *тзв. приватност* и следствено томе и *тзв. приватно право*, на другој страни, можемо процењивати и шта се дешава после социјалистичке револуције, у процесу изградње социјалистичког поретка уопште и у појединим земљама посебно. Наиме, поставља се питање да ли такве промене саме по себи означавају и аутоматско елиминисање подвојености и разлика између наведених двеју сфера или, пак, услеђује само одређен и дубок преображај и у самим сферама и у њиховим међусобним везама? Наравно, на овакво питање ваља одговарати без икаквих априористичких и било каквих предрасудама оптерећених „теорија” и „концепција”. Као и увек у научном истраживању одлучујуће може бити само оно што се у самој друштвеној и политичко-правној стварности налази и што наука истражује и објашњава. При том нарочито не може бити ни мотив ни аргумент, евентуално, сама постојећа терминологија, било да се узима као потпуно прикладна или потпуно неприкладна. Ти називи су, као што је напред упозорено, релативне вредности уопште, па су још више релативизовани или би бар требало да их релативизујемо, када се ради о социјалистичком друштвеном поретку, односно држивно-правном поретку који се у његовом окриљу развија. Основно је да социјализам представља историјски виши друштвени поредак у коме се само превазилази или, како се то каже, дијалектички укидају и одстрањују основне претпоставке, услови структурисања капиталистичког друштва. То је превасходно систем приватне својине. Уместо тога ствара се систем, како се уобичајено каже, социјалистичке својине, а у суштини се ради о систему *јавне својине*, који систем може имати своје различите видове: од изразитог етатистичког облика државне својине од мање или више развијеног система друштвене својине. Међутим, сами својински односи по себи никада нису били једини чинилац разликовања *тзв. јавног права* и *тзв. приватног права*, него су то, нека буде поновљено и наглашено, *конституисане* и спецификоване сфере *тзв. јавности* и *тзв. приватности*. У оној мери у којој је та поларизација, у ствари, историјска нужност и значајна тековина, нарочито у оним својим садржајима и изразима који имају дубље позитив-

но историјско значење, она се не може ни одбацити ни избећи у социјалистичком друштву. Неизбежно је само превазилажење њених историјских условности и ограничења, а оно што је само по себи знак достигнутог степена у развоју заједнице, положеја појединаца итд. остаје или би бар требало да остане као драгоцен баштина. Достигнути степен развоја социјализам по свом историјском бићу не разара, не враћа развој на ниже тачке, тачке које су испод или иза онога што модерно друштво остварује и омогућује. Наравно, то не значи да у пракси нема управо и таквих појава, али баш то је у супротности са прогресивним историјским значењем социјализма. Уопште, и социјалистичко друштво не може избећи печат поменутог поларизације. То значи да се и његов правни систем карактерише подвојеношћу „јавног” и „приватног” права. Али та подела добија *нове историјске садржаје и нова значења*. Јер социјалистичко право може бити само оно које даље и потпуније афирмише *категорију грађанина*, а не срзава појединца на ниво пуког поданика, па чак и обичног објекта власти и подвргавања који су оличени у свемоћном бирократском апарату. Дакле, једна стара подела појављује се у новим историјским условима, па самим тим и добија *нови историјски смисао* у оквирима социјалистичког права.

ЕЛЕМЕНТИ ОДРЕЂИВАЊА ДОМЕНА „ЈАВНОГ” ПРАВА У НАС

1. Никада није на одмет, па ни овом — поновном — приликом разматрања проблематике „поделе права на јавно и приватно (и поједине гране права)” поћи од ноторне, мада често олако занемариване мисли „да многе расправе међу људима настају услед тога што се исте ствари називају различитим именима или што се различите ствари називају истим именом” (J. LOCKE). Значај ове опаске је тим већи што се при научној анализи и разматрању „спорних” питања као рационално-методолошки императив јавља прецизирање значења основних појмова предмета расправе — што се овом приликом посебно односи на израз и појам „јавно”. Претходно отклањање могућих термилолошких и концептуалних непрецизности, као најчешћи извор „садржинских неспоразума”, предуслов је сваке научне расправе.

2. Термин „јавно” лат. „publice”; фран. „publique”; енг. „public”; нем. „öffentlich”; рус. „общественный” etc.) у свом етимолошком значењу везан је за оно што је на „јави”, што је „стварно”, „реално”, што је (свакоме) „уочљиво” и „видљиво”, односно у ширем смислу — оно што је „јављено”, „објављено”, „обнародовано”, „обзнањено”, што се упућује и што је доступно „свима”, „људима”, „народу” — другим речима „оно што се односи на све” тј. „оно што се тиче свих”. Полазећи од наведеног, израз „јавно” има значење у смислу „општедруштвено”.¹⁾ Квалификатив „јавно” везује се за дефинисање и реализацију „општедруштвених” циљева и интереса, насупрот „партикуларног” („приватног”) — појединачног, односно групног циља или интереса.

3. Термин „приватно” (лат. „privatum”; фран. „prive”; енг. „private”; нем. „privat”; рус. „личный” etc) у свом етимолошком значењу везан је за оно што је „скривено”, „затворено”, а у

¹⁾ У вези наведеног значења види ближе, нпр.: Димитријевић, др П.: Организација и метод рада јавне управе”, Београд, 1959, стр. 7—8 и даље, као и од истог писца „Јавна управа”, Ниш, 1964, стр. 15.

ширем смислу оно што је „лично“, „домаће“, „кућно“, „посебно“, односно означава оно што је „незванично“, „неслужбено“, „недржавно“ — другим речима — „приватно“ је оно „што се тиче појединачног“.

I.

1. У основи двојаки карактер улоге државе у „класном“ („конфликтном“) друштву²⁾ — као организација чији је примарни циљ („функција“) детерминисан институционализованим вршењем ауторитативних активности („власти“ и „принуде“) односно као организација која врши делатности и послове неауторитативне природе (тзв. „јавне службе“) у општем интересу свих чланова друштвене заједнице (под условом да нису у супротности са примарним циљем и интересима друштвено доминирајуће политичке групације) — има за последицу да се, како фактичке претпоставке, тако и формалне прерогативе дефинисања садржине „општедруштвеног“ концентрише на нивоу вршења аксеолошко-селекторских активности државе. Са друге стране, позиција државе као „ексклузивног вршиоца“ ауторитативних активности, посебно на ефекторском нивоу, фактички је гарант реализације „општедруштвеног“ интереса и циља и у случајевима партикуларног (појединачног или групног) отпора „елемената система“. У „конфликтним“ друштвеним заједницама, држава осигурава остваривање „општедруштвеног“ интереса вршењем аката ауторитативног карактера, како у нормативном домену — „власт“, тако и у фактичком домену — „принуда“.

Полазећи од улоге државе у друштву, односно од њене „функције“ произилази следеће:

- а) у „конфликтним“ друштвима „јавно“ се као „општедруштвени“ интерес дефинише на нивоу аксеолошко-селекторских активности државе, и
- б) овако утврђеном „општедруштвеном“ интересу гарантује се фактичка реализација (у случајевима отпора) ауторитативним инструментариумом државе — „власт“ и „принуда“.³⁾

2. У прилог наведеном садржинском одређивању елемената појам „јавно“ упућује и аналитички осврт на „примарни

²⁾ Види ближе: „Однос управе и праћана...“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1981.

³⁾ На овакав закључак у односу на елементе појма „јавно“ посредно упућује и израз „res publica“ у значењу „ствар свих“, „ствар народа“ тј „општенародно“, односно „општедруштвено“. У том смислу и значење израза „република“ као „држава“.

извор” сваке расправе о подели права на „јавно”, односно „приватно” (чувена) сентенца која се приписује римском правнику Улпијану (Ulpianus Domitius, ca. 140 — 228 A. D) лоцирана на самом почетку „Corpus Iuris Civilis” — већ у другом параграфу „Дигеста” — која гласи: „Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.” (D. 1,1,1,2). У непосредној вези са наведеном стоји и сентенца: „Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.” (D, 2,14,38).

Из наведених текстова, у садржинском смислу, произилази да је „јавно” (право) оно које се тиче „државног” („... statum rei Romanae...”), тј. „општедруштвеног”, са једне стране, и да је оно што је „јавно” такво (тј. „јаче”) да се појединачним споразумом не може мењати („... mutari non potest.”, са друге.

II.

Уколико се, као што чине неки аутори⁴⁾, под „правом” подразумева „правни систем” као „... сређени скуп свих општих норми... тако да представља јединствену непротивречну целину...”... чија су... „два главна елемента „нижи”, којим се назива правна установа или институција и „виши” којим се назива правна грана...”, а „... скуп више установа које регулишу исту област друштвених односа по истим начелима... представља правну грану”⁵⁾ Даље, наводи се да „... почев од римског права поступно се развијала подела правног система на различите гране. У буржоаском развијеном праву изведена је подела мање-више стабилна и општепримљена, на гране права, која је скоро без икаквих измена, примљена и у нашем праву”. Међутим, и поред тога што наше право као „социјалистички правни систем” мора да има сва појмовна и концептуална обележја „правног система” уопште поједини аутори⁶⁾, полазећи од тзв. „ванправне”, посебно тзв. „политиколошке” концепције одређивања садржине „правног система”, односно „правне гране” наводе да „... Југословенско право узето у целини... није ни полу-приватно, ни полујавно, ни само јавно... оно је јединствен систем”. Ипак, иако се истиче да се „... центарлно питање нашег правног система не састоји у његовој подели на ... карди-

⁴⁾ Тако, на пример, проф. др Р. Лукић — види посебно: „Увод у право”, Београд 1977.

⁵⁾ Ibidem, стр. 396—398.

⁶⁾ Тако, на пример, проф. др Ј. Ђорђевић — види посебно: „Прилог питању система социјалистичког права ФНРЈ”, Архив за правне и друштвене науке, Београд, бр. 1, 1950.

налне' групе", сам аутор одмах у наставку текста види нужност „... у утврђивању које унутрашње правне групе у њему постоје и по ком критеријуму се оне појављују и формирају".⁷⁾ Овакве концептуалне разлике, посебно оријентација на тзв. „политико-лошки" приступ у изучавању права у оквиру установа које се академски баве изучавањем права — универзитети, правни факултети, институти и сл. — често имају за последицу „интересантне" методолошко-организационе облике.⁸⁾

Следећи консеквентно примену критерија формирања правне гране — скуп установа које регулишу исту област друштвених односа (тзв. „технолошка хомогеност"), односно регулисање тих односа по истим начелима („јединствени правни режим" регулације) — могуће је дефинисати основне заједничке елементе појединих правних грана и извршити њихову концептуацију у једну „вишу" класификациону категорију (у односу на „правну грану"), али још увек са јасним идентитетом у односу на „правни систем" као јединствени и непротивречни ентитет. Ова „интермедијална" класификациона категорија — „виша" од правне гране и „нижа" од правног система, конституише се по истим методолошко-концептуалним критеријумима и основама као и „правна грана". Консеквентно, елементи ове „интермедијалне" категорије чине „технолошки хомогени" скупови правних грана, са једне, и „јединствени правни режим" регулације одговарајуће области. Чини се целисходно ову „интермедијалну категорију" назвати „грану област".

Полазећи од наведеног, правна област „јавног" конституише се по основу могућности реализације „општедруштвеног" и у случају (појединачног или групног) отпора актима ауторитативног карактера. Правну област „јавног права" конституишу правне гране (као скупови правних норми) којима је регулисано вршење ауторитативних активности како у „нормативној", тако и у „фактичкој" сфери правног поретка.

III.

1. „Класификациони ratio" поделе правног система на „правне области" произилази *ipso facto* из реалности друштвених заједница у којима се као крајњи ауторитативни регулатор

⁷⁾ Ibidem, стр. 20--24.

⁸⁾ Тако је случај, на пример, на Правном факултегу универзитета у Београду где, иако постоји „катедра за грађанско (привално) право", не постоји „катедра за јавно (конституционално-административно) право", мада се област „јавног права" *de acto* ј искључиво изучава на катедри за „политичке науке".

друштвених односа и противречности јавља држава. Како је држава институционално иманентна консеквенца „конфликтног” друштва тј. друштва у коме је „плурализам (друштвених интереса” историјска реалност, *ad definitionem* постоји могућност њихове „конфликтности”, односно потребе разрешења те конфликтности и средствима ауторитативног карактера као „гаранта” фактичке реализације. Правна област „јавног права” као „интермедијалне” категорије на релацији „правни систем — правна грана” омогућава јасну методолошко-концептуалну диференцијацију домена „конфликтних” друштвених односа уопште, па према томе и у нашим условима.

2. „Концептуалне” консеквенце диференцирања правне области „јавног права” посебно се рефлектују на систематско-методолошком плану конструисања категорије „правни систем”. Категорија „правна област”, у методолошком смислу, омогућава затварање „јаза” између „правног система”, као јединственог и непротивречног ентитета, са једне, и „правне гране”, као „скупа” хетерогених елемената, са друге стране. Ова околност је, по мом мишљењу, од посебног значаја за консеквентно остваривање начела законитости као врховног принципа правног система — наиме, дедуктивно-нормативистички еуро-континентални правни систем (укључујући то и наш) захтевају концептуално-методолошку доследност и поступност у процесу дедуктивне конкретизације најопштијих категорија („принципа”). Категорија „правна област”, као интермедијална, отклања потребу „квантног скока” (и то најчешће неуспешног) између „збира” хетерогених елемената система и самог система као таквог.

IV.

И југословенско позитивно право познаје, и користи, категорију „јавно” у смислу како је овдде изнето.

Наши позитивно-правни прописи, на пример, изричито говоре о установама као што је „јавни тужилац”, „јавни правобранилац”, „јавни интерес” и др., на супрот „приватној тужби”, (приватном) браниоцу, (приватном) интересу и тд. Посебно илустративан је начин на који се у нашем праву користи термин „јавно овлашћење”. Према одредби члана 152. Устава Југославије (1974): „Законом и на закону заснованом одлуком општинске скупштине може се организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама, друштвеним организацијама, удружењима грађана и другим организацијама, поверити да, у области своје делатности, својим актима уређују одређене односе од ширег интереса, да решавају у појединач-

ним стварима о одређеним правима и обавезама и да врше друга јавна овлашћења” (чл. 152, ст. 1). Из наведене одредбе проистиче да наше позитивно право — сам уставни текст — изричито предвиђа могућност да се „недржавним” субјектима повери вршење делатности од „ширег интереса”, као и могућност вршења ауторитативних активности ради његовог остваривања. Ова ситуација означена је као вршење „јавних” овлашћења. Да наше позитивно право разликује и ситуацију где постоји „општествени” интерес чија реализација се не гарантује ауторитативним овлашћењима, те се, следствено томе, и не користи квалификатив „јавно”, сведочи одредба члана 49. Устава која гласи: „Законом и на закону заснованом одлуком скупштине друштвено-политичке заједнице може се утврдити да су од посебног друштвеног интереса одређене делатности или послови организација удруженог рада које обављају друштвене делатности и уредити начин остваривања посебног друштвеног интереса и остваривања самоуправних права радника у складу са тим интересом”. (чл. 49, ст. 2).

Произилази да је домен „јавног”, односно „јавног права” позитивно-правна реалност нашег правног система и да, према томе, има класификационих основа за одговарајуће диференцирање, са једне, и потреба уобличавања одговарајућих (правних) научних области, са друге стране.

СИСТЕМ ПРАВА И РЕЛАТИВНОСТ ПОДЕЛЕ НА ЈАВНО И ПРИВАТНО

Настојаћу да будем кратак. Почећу од једне мисли Paulusa. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Право није оно што се ствара прописима, већ би требало на основу насталог права донети правила. Ми би данас рекли, треба да право настаје из живота, животних односа. Правне регуле би требало да буду израз тог стварног права.

Када говоримо о подели права на јавно и приватно, тема је нужно везана за систем права. Систем права као скуп правила понашања који важи у једној земљи, па можда чак и шире у међународној заједници је плод одређене цивилизације. Постоје таква права и правила понашања која важе уопште, не само у једној земљи, него представљају опште добро човечанства. Ако тако посматрамо право, систем права, ја бих се овде сложио са колегама С. Врачаром, када је истакао да је овде реч о сасвим условним поделама правног система. Сигурно да свака подела може да трпи одређену критику. Свака подела може да изазове извесну терминолошку забуну. Међутим, све је то корисно јер анализа ових питања, нарочито теоријска, може да да одређене резултате који су корисни и за праксу, за правно нормирање, приликом законодавне делатности, да утиче на усавршавање законодавне технике и слично. Посебан значај, одређена разликовања природе правних норми, имају код израде правила понашања која уређују општеприхваћене односе, права која су у доброј мери универзално призната у међународној заједници. Овде може бити речи о универзалности права као значајне тековине цивилизације.

Поред ове општости, правни систем сваке одређене земље има и своје особености. Сходно тим особеностима, долазимо до тога да једна теоријска подела више одговара једном, а друга другом правном систему. Стога се слажем са колегом Ж. Борђевићем да се код нас све више говори о подели права на „државно” и „самоуправно”. Тврди се да је „државно” оно што

доносе надлежни државни органи у ужем смислу (скупштине друштвено-територијалних заједница, покрајине, републике и федерација), а да је „самоуправно“ оно што доноси удружени рад или удружени рад са представницима друштвене заједнице (самоуправни споразуми, друштвени договори, општи нормативни акти организација удруженог рада и други самоуправни акти). Наравно, и код ове поделе се иде у крајности и негације. Пре би се могло рећи да је вредност и ове поделе релативна.

Истакао бих, да све оно о чему смо говорили, о подели на јавно и приватно право, да се то претежно односи на континентално право. То је одређени спој традиције римског и континенталног права. Мало сам проучавао англосаксонски систем. Такве оштре поделе тамо нема. Постоје друге поделе, на „Common law“ и „Equity“ (сада у значају „природна права“). Такве поделе на јавно и приватно немамо ни на универзитетима у земљама англосаксонског права или под утицајем англо-саксонског права. Предмети који се проучавају су: „Contracts“—Уговори, „Tort“ — Проузроковане штете, ови предмети обухватају и уговоре јавног, административног, међународног и облигационог права, а такође и када се ради о проузроковању штете у било којој области друштвених односа. Значи, подела је извршена према правној материји, а не са гледишта — јавно — приватно. У тим системима се и сама терминологија „јавно“ и „приватно“, не подудара са континенталном терминологијом. Тако, на пример, јавно друштво („public company“ добило је назив по томе што прикупља капитал позивом јавности на упис акција. У ствари ово друштво у битном одговара акционарском друштву континенталног права (француски, немачки систем). Насупрот томе, приватне компаније („private company“) су таква трговачка друштва где су удели у рукама ограниченог броја лица и не могу бити прибављени од шире јавности. Тако се „приватна компанија“ у великој мери приближава друштву са ограниченом одговорношћу (G.m.b.H) континенталног система.

Према томе када дискутујемо о питању поделе на јавно и приватно право, морамо имати у виду и ову географску ограниченост такве поделе. Англосаксонске земље и земље под њиховим утицајем заузимају огромна пространства савременог света и чине велики број земаља.

Ово напред сам нагласио да бих указао на још једну димензију релативности подела правног система на гране права. Тако све ове поделе имају релативан значај, ова наша на — државно и самоуправно, затим ова о којој дискутујемо на — јавно и приватно, одомаћена подела на — диспозитивно и императивно и сличне поделе. Слажем се у потпуности са оним што је у почетку рекао колега С. Врачар, да ми треба да будемо

захвални организаторима што су нам пружили прилику да у најкраћим цртама, у овим ограниченим могућностима које време дозвољава, изнесемо своја схватања. Мој је закључак да свака грана права има и елементе јавног и елементе приватног на садашњем степену развита. Друго је питање који су елементи доминантни. Тако, ако узмемо на пример материју којом се ја бавим — међународно привредно право. Организација Уједињених нација је основала посебну комисију за међународно трговачко право (UNCITRAL). Шта проучава та комисија (UNCITRAL)? Два аспекта. Један — јавни, стварање и закључење међународних конвенција, обавеза општих правила које прихватају државе или их препоручују, и други аспект — приватни, проучавање купопродајних и других уговора између пословних субјеката, осигурања, арбитраже и слично. Зависно од ових настојања у пракси, у правној теорији имамо такође две тенденције, па и поделе. Отуда је међународно привредно право по једнима схваћено као област ближе јавном праву јер су у стварању правила понашања учествовале државе као субјекти права — међународног јавног права, а с друге стране, имамо тзв. „аутономно међународно трговинско право” као скуп правила које ствара пракса међународне размене роба и услуга. Међутим, обе ове групе правила понашања, без обзира на њихов постанак, сачињавају међународно привредно право. Могло би се са разлогом тврдити да је међународно привредно право спој јавног и приватног у овој области — области међународне привредне размене. Да се ради о заштићеним правилима понашања доказ је пракса судова и арбитража који одлучују у случају непоштовања наведених правила понашања без обзира на њихово порекло. Тако, ако дође до арбитраже у неким међународном трговинском односу, арбитража ће пружити одговарајућу заштиту. Доћи до те одговарајуће санкције, наравно имовинске, материјалне, осуде на накнаду штете стране која је прекршила одређено правило понашања.

Према томе, имамо исту санкцију — накнаду штете, обавезу плаћања суме новца, без обзира да ли су ти тзв. јавни елементи били заступљени у конкретном спору, и да ли тај однос потиче из неких „јавних правила” и јавних установа, као што су државе, или међународне владине организације, или су та правила понашања плод праксе међународних трговаца, привредника њихових удружења и слично.

Желим да закључим да су све поделе права, односно правног система, на неки начин условне и релативне, а такође корисне и потребне за правну анализу и праксу, зато ја њима не би давао никакав политички карактер, већ само научни и стручни.

ПРИЛОГ ДИСКУСИЈИ О ПОДЕЛИ ПРАВА НА ЈАВНО И ПРИВАТНО

Узимајући реч у дискусији о подели права на јавно и приватно, желим дати претходно неколико напомена. Прва напомена односи се на проблем тзв. идеолошког набоја који имају ставови о прихватању или неприхватању поделе права на јавно и приватно. Наиме, не бих се сложио са мишљењем овде изнесеним да опредељење за било који став може имати „негативне” последице за заступнике било ког опредељења. Моја друга напомена односи се на извесне посредне квалификације, политичко-идеолошке, ставове о непостојању поделе права на јавно и приватно, које сам изнео у једној расправи о систему права организованог у Институту за упоредно право. Наиме, иако то није била намера колеге Ђорђевића, из његовог писаног прилога за ову дискусију проистиче посредно закључак — да између мојих гледишта о подели права на јавно и приватно и гледишта изражених у совјетској теорији, посебно у раздобљу Стаљиновог пресудног утицаја на целокупну совјетску мисао, нема разлике. При том идентитету схватања, моја гледишта су неприхватљивија, јер су изнета после више десетина година. Наиме, иако сам могао да узмем у обзир искуства Совјетског Савеза и наше самоуправни искуства, ја то нисам учинио и остао сам тамо где су били писци у совјетској теорији још пре 40 година.

Сматрајући битним при разматрању било ког питања анализу конкретне друштвене стварности, и утолико пре неопходност поштовања тог захтева историјскоматеријалистичког метода у разматрању питања поделе права на јавно и приватно, желим да нагласим да та оријентација у истраживању не искључује потребу свестраног истраживања изнетих мишљења у науци, без обзира на њихову провенцијенцију. Стога, ако у совјетској теорији има прихватљивих мишљења, нема разлога, и мислим да се сви с тим слажемо, да та мишљења не уважавамо. Из тог угла посматрано, морам констатовати да се слажем са

закључком у совјетској теорији права да у социјалистичком праву нема места за поделу права на јавно и приватно. Но, ако постоји моја сагласност у том погледу са совјетском теоријом, ње нема ни у погледу схватања суштине социјалистичке државе и права, ни у погледу крајњих разлога непостојања поделе права на јавно и приватно. Који су разлози мог одбацивања поделе права на јавно и приватно?

С обзиром на чињеницу да је реч о мом учешћу у дискусији о подели права на јавно и приватно, немам ни намеру ни могућност да дам исцрпно образложење, теоријско и друштвено, свих претпоставки на којима се заснива моје гледиште. Укажу само на најважније разлоге зашто не прихватам деобу права на јавно и приватно у социјалистичком праву. Исто тако, желим да нагласим да нисам вршио до сад потпунија истраживања о томе колико су те претпоставке на којима се заснива моје одбацивање поделе права на јавно и приватно остварене у савременим социјалистичким државно-правним порецима. Отуд, ја не тврдим у апсолутном смислу да евентуално не постоји, у одређеној мери, подела на јавно и приватно право у савременим социјалистичким државама. Све што тврдим јесте да та подела не одговара социјалистичком праву на одређеној етапи његовог развоја, као и да су у нашем социјалистичком самоуправном праву изграђене основне претпоставке за превазилажење те поделе. Да ли су и колико те претпоставке остварене у пракси, може се утврдити само истраживањем наше стварности. На жалост, та истраживања у нас недостају.

Подела права на јавно и приватно само је одраз извесних карактеристика производних односа. Стога, та подела јавља се само као последица других битнијих подела, као њихов рефлекс и као облик замагљивања одређених противречности у друштвеном животу. Иако се тврди, па то чини овом приликом и колега Борђевић, да ова подела вуче корене још из римског права, то схватање је неодрживо. Драго ми је што је ово моје мишљење добило потврду у излагању тако доброг познаваоца римског права, колеге Јелене Даниловић. Наиме, стварност показује да смо склони да своја размишљања (а често и политичке интересе које желимо да остваримо, као што то, на жалост, показује рад на Енциклопедији Југославије) пренесемо на прошлост и да у прошлости налазимо институције које тамо нису могле постојати. Једна од таквих институција је и подела права на јавно и приватно. Колега Борђевић мисли да је ова подела условљена робно-новчаном привредом и пошто је неспорно да су „у робовласничком друштву постојали и приватна својина и робно-новчана привреда“, то је постојала и морала постојати и деоба права на јавно и приватно. Обрнуто, „у условима нату-

ралне привреде као владајуће, као што је био случај у феудалном друштву, није постојала подела права на јавно и приватно, иако је то друштво почивало на приватној својини." Остављајући по страни неспорну историјску чињеницу да робна привреда није била доминантни облик не само у привреди римске него ниједна робовласничке државе, као и чињеницу да је робна производња била развијенија у позном феудализму него у римском робовласничком друштву, желим нагласити да се инсистирањем искључиво на робној производњи као узроку поделе права на јавно и приватно, плива по површини ствари. Јер, ово гледиште представља само варијанту ширег поимања робне привреде као класно неутралног облика привређивања, из чега се онда извлаче закључци о постојању класно неутралних државних функција и могућности да се у социјалистичкој револуцији задржи постојећи државни апарат, с тим да се промени циљ његових делатности (једна струја мишљења у Комунистичкој партији Француске).

Одбацујући и саму помисао да се робном производњом може све објаснити, па и подела права на јавно и приватно, желим посебно нагласити нужност враћања изворној Марксовој мисли о суштинској повзаности и дијалектичкој међуусловљености друштвене репродукције и класне борбе. Ту Марксову концепцију „тоталне репродукције” (друштвене репродукције као тоталитета) најбоље илуструју следеће његове речи: „Најзад, као резултат процеса производње и оплодне показује се прије свега репродукција и нова производња самог односа капитала и рада, капиталиста и радника. Тај друштвени однос, однос производње, показује се *in fact* као још важнији резултат процеса него његови материјални резултати. Наиме, унутар тога процеса радник производи и самог себе као радну снагу и капитал који јој стоји насупрот, као што, с друге стране, капиталист производи себе као капитал и живу радну снагу која му стоји насупрот” (Основи критике политичке економије у „Темељи слободе”, Загреб, 1974, стр. 167). Другим речима, капиталистичка робна производња условљена је развојем производних снага и производних односа и родно је место оштрих класних борби. Без те анализе узрока који доводе до робне производње у капитализму као доминантног облика привређивања и класне борбе која се води у њеним оквирима, могуће је доћи до свакојаких закључака. Међу њима је свакако и онај о подели права на јавно и приватно, при чему се наводно јавним правом штите јавни интереси а приватним правом приватни интереси. Наиме, само превиђањем класне поделе интереса у капиталистичком друштву, као што је то показао Маркс, могуће је тврдити да постоји подела друштвеног живота на наводно неполитичку сферу роб-

не привреде, „приватне“ привредне активности (засноване на слободи својине, конкуренције и уговора), и политичку сферу државе оличене и парламентарној, вишестраначкој демократији. Илузија је, према томе, тврдити да постоји јавни интерес као класно неутралан интерес и подела права на јавно право којим се тај интерес штити и остварује и приватно право којим се штити приватни интереси. Јер, нема јавног интереса који не би био интерес одређене класе односно фракције те класе, као што ни тзв. приватни интерес не може бити класно неутралан (упореди о том питању Марксову анализу у „Прилогу јеврејском питању“). Наравно, то никако не значи да у капиталистичком друштву не делују извесни чиниоци, који утичу на специфичност правне регулативе тзв. јавног и приватног живота, политичког живота, политичке сфере и сфере „приватног“ бизниса. Јер, не сме се заборавити да једна класа сме претендовати на општу власт само у име општих интереса, интереса друштва као целине. Отуд, противречност између форме и суштине владања, између јавноправног и приватноправног регулисања. При томе, та чињеница има огромну улогу у развоју отуђене свести код радника, свести да држава штити опште, дакле и њихове интересе. Та идеолошка функција државе олакшана је чињеницом, на коју је упозорио још Маркс, да постоји „релативна одвојеност“ привреде и државе у раздобљу тзв. либералног, до-монополистичког капитализма, за разлику од предкапиталистичких друштвених формација. Из ове чињенице развио се мит о саморегулишућој капиталистичкој робној привреди и држави као „ноћобдији“ (сходно термину употребљеном од Ласала). Стварност је, међутим, показала да је „либерална држава увек била толико јака колико су то захтевали политичка и социјална институција и грађански интереси. Водила је ратове и сузбијала штрајкове, своје је инвестиције штитила јаким флотама, бранила и проширивала своје границе јаким војскама, полицијом је уводила „мир и поредак“ (упореди анализе либералне државе и права Н. Пуланцаса и Ф. Нојмана). Одржању тог мита допринела је и чињеница да модерна држава веома много интервенише у привредни живот, па се закључци о прошлости извлаче на основу садашњости. Распршивање мита о саморегулишућој робној привреди и држави — ноћобдији била је праћена и настанком гледишта о релативности поделе права на јавно и приватно у грађанској правној мисли (о томе даје исцрпне податке колега Водинелић у свом реферату).

Ако се на основу свега изложеног запита још једном зашто подела права на приватно и јавно (уз све ограде којим смо ову поделу пропратили) има извесног значаја само у буржоаском праву а не и неким другим правима, потпунији одго-

вор захтева и додатну анализу приватне својине, али не на начин на који то чини колега Борђевић. Иако се треба с поштовањем односити према анализи коју је извршио и смелости за извлачењем далекосежних закључака на основу непотпуних анализа, мора се констатовати да је пропустио да укаже на различит однос произвођача према средствима за производњу у различитим облицима приватног власништва. Наиме, у робовласничкој и феудалној друштвеној формацији роб и кмет нису одвојени од средстава за производњу. Они су њихов рефлекс а експлоатација се врши отвореном употребом економског и политичког насиља. Обрнуто, у капитализму радник је одвојен од средстава за производњу или, још прецизније, слободан је од њих, тако да је приморан да продаје своју радну снагу, на тржишту радне снаге као робу. Његова се експлоатација јавља у прикривеној форми, чију је суштину и механизме открио Маркс. У овој чињеници крије се и основни разлог зашто се привид суштинске разлике јавног и приватног права јавља тек у буржоаском праву и зашто тај привид није могао постојати у робовласничком и феудалном праву.

У светлости претходних закључака треба размотрити и питање поделе нашег права на јавно и приватно. Према мом мишљењу, укидање приватне својине и конституисање друштвене својине на средствима за производњу изискује и превазилажење поделе права на јавно и приватно. Наравно, то превазилажење у директној је зависности од тога колико су произвођачи стварни управљачи средствима у друштвеној својини, у којој су мери овладали процесом друштвене репродукције. Јер, ако радничка класа није стварни носилац процеса економског и политичког одлучивања у друштву, стварају се претпоставке за разне поделе (класне, националне, верске и друге), па и за поделу права на јавно и приватно право. Наша стварност показује, а на то упућују и закључци највиших руководства друштвено-политичких организација и државе, да самоуправљање наилази на бројне препреке — републичке и покрајинске границе, бирократоке и технократске интересе и разноврсне манипулације са истинским интересима југословенске радничке класе. Наравно, те тешкоће, застоји и недоследности у развоју самоуправљања не треба да буду извор „беспштедне критике свега постојећег.“ Напротив, остварени резултати у превазилажењу отуђености радника од себе самога и резултата свога рада заиста су импресивни. Но, ни ова чињеница остварених резултата не сме бити разлог за запостављање критичког преиспитивања одређених слабости (извесна дисфункционалност привредног и политичког система, пропратне појаве претеране ингеренције осамостаљених центара политичког одлучивања у ужим и ширим друштвено-

-политичким заједницама и друге слабости). У светлости свих тих истраживања места и улоге радника у процесу друштвене репродукције као тоталитета, посебно његове стварне везаности или релативне одвојености од средстава за производњу (у смислу да ли радници одлучују о целини друштвене репродукције), зависи и оцена да ли има или нема места подели нашег права на јавно и приватно право. Наравно, у том оцењивању значајно место има и питање привреде и карактера робне производње у самоуправном социјалистичком друштву. Но, наш раније изнети став да нема места подели права на јавно и приватно у друштву у коме је укинута приватна својина на средствима за производњу (без обзира да ли постоје извесни облици робне производње) и превладан отуђени положај произвођача према средствима за производњу остаје.

О ОДНОСУ ЈАВНОГ, ПРИВАТНОГ, ДРЖАВНОГ И САМОУПРАВНОГ ПРАВА

Основна претпоставка за разматрање ове проблемске целине јесте претходно допуштање деобе целокупног права на јавно и приватно право. То значи да сматрамо да је и данас могућа и потребна једна таква деоба, мада, истини за вољу, не треба претеривати са истицањем њеног значаја за право. Другим речима, и ову деобу, као и сваку деобу треба схватити у релативном смислу и тако је изводити.

Заснованост и једне и друге деобе одређује конкретна људска збиља. Стога су и методолошки захвати којима се до сада ова подела изводила, како је уосталом истакнуто у рефератима и досадашњој дискусији, израз пре придавања различитог значаја одговарајућим појавама у друштвеној пракси него неразумевања те праксе. Свако друштво има своје потребе и према њима се равна. Израз ових потреба представља у крајњој линији и данашња дискусија о могућности деобе права, а посебно нашег социјалистичког права на јавно и приватно.

На овом месту не бисмо се упуштали у расправу о томе колико је заиста заснована једна оваква подела, колико је она корисна за расветљавање других правних проблема, као и који је узроци изазивају и одређују. У досадашњем току разговора о томе су више-мање подробно говорили учесници овог саветовања. Уместо тога, подсетили бисмо само да сличних размишљања и дилема није лишена ни садашња југословенска правна мисао, и то нарочито онај њен део који се бави односом државног и самоуправног права. Стога ћемо се у даљем излагању држати онога што је о јавном и приватном праву речено на овом саветовању. С друге стране, самоуправно право смо као релативно нов и специфичан облик права одредили као скуп норми које у целисти или делимично доносе самоуправни субјекти, укључујући у одређеној мери и државу као самоуправног субјекта, а које држава као носилац монопола физичке силе у крајњој линији санкционише. И најзад, држаћемо се става да

се ради о два засебним и различитим поделама права од којих је она на јавно и приватно право много старија и изграђенија, као што су засебне и различите поделе права на унутрашње и међународно или материјално и формално право. Покушаћемо стога укратко да укажемо на заједничке елементе поделе на јавно и приватно и државно и самоуправно право, као и на разлике које се тим поводом најчешће испољавају.

До сада, наша правна теорија није у жељеној мери обрадила овај проблем иако је он у бројним радовима често помињан. Ово је и разумљиво, јер је претходно требало дефинисати појам јавног и приватног права и појам државног и самоуправног права и одредити њихов однос. Иако је велики број наслова посвећен овим питањима међу ауторима и даље постоје велике разлике, тако да добијени резултати више упућују на могући приступ разматрању овог проблема него што пружају неко готово решење. Тако, када се ради о државном и самоуправном праву може се рећи да су пре утврђени критеријуми за разликовање самоуправног од државног права (субјекти, начин доношења и примене, карактер санкција код самоуправног и државног права, циљеви и вредности који се остварују, предмет државног и самоуправног права и слично) него што су изграђена правно-техничка средства за њихово јасно и прецизно разграничење. Како може да се примети, са истим или сличним проблемима суочава се и онај део правне мисли који засебно разматра проблематику јавног и приватног права. Ипак, о проблему односа државног и самоуправног и јавног и приватног права постоји неколико карактеристичних група гледишта.

Према првој, самоуправно право се изједначава са приватним, а државно са јавним правом. Међу бројним разлозима који се наводе у прилог овом гледишту свакако најзначајнији представља чињеница да су се прве правне норме самоуправног карактера појавиле са постепеним повлачењем државе из области привреде у оним деловима нашег правног система у којима доминира аутономија воље субјеката. Стога се неретко самоуправно право идентификовало са аутономним правом, иако се, очигледно, ради о различитим појавама. Дакле, генеза самоуправног права се најчешће узимала као одређујући критеријум за једну овакву „идентификацију“!

Према другој групи гледишта, која имају у виду пре свега садашњи степен развоја самоуправне правне регулативе, самоуправно право се не може изједначити са приватним правом, као што се ни државно право не може искључиво везати за област јавног права. Став да се државно право не може а priori изједначити са јавним правом у новије време у свету и у нас истиче се нарочито од стране оних правних писаца који

с више или мање успеха указују да у данашњим условима држава и њено право поред класне функције врше и одговарајуће техничке и вредносне неутралне функције (или функцију) у условима робне производње. Доминирају два различита прилаза овом проблему. И један и други, када је у питању југословенска правна и теоријска мисао, полазе од измењеног карактера социјалистичке државе и социјалистичког права, тј. од улоге коју самоуправно право има или треба да има у социјализму. Према првом, у социјализму се постепено губи подела на јавно и приватно право, јер нестају или су нестали узроци који су довели до овакве поделе. Стога, је неосновано свако изједначавање државног са јавним и самоуправног са приватним правом. С обзиром да држава губи својства и прерогативе носиоца империјума, губи се и основна подела — државно и самоуправно право се постепено стапају у јединствено правно ткиво, а тако је и са јавним и приватним правом. Према другом прилазу, самоуправно право се не исцрпљује у приватном праву јер се са променом карактера социјалистичке државе и са њеним одумирањем на изванредан, додуше за сада мањи број самоуправних норми може наћи и у оним правним гранама које по традицији без остатка спадају у област јавног права. Дакле, подела на јавно и приватно право и даље остаје, али се норме самоуправног права налазе и у јавном и у приватном праву. Посебну варијанту, на којој ћемо се задржати, чине схватања оних правних писаца који у овом наизглед противуречном односу налазе значајан показатељ преображаја нашег целокупног права. У том смислу се с правом истиче да самоуправно право нема за циљ да истисне остале облике аутономног правног регулисања нити да укине државно право. Једноставно, самоуправно право има за циљ да преобрази целокупно социјалистичко право.

О правцу и начину преображаја нашег права не бисмо посебно говорили. Указали бисмо само на два основна тока овог преображаја. С једне стране, изванредан број државних норми престаје да постоји јер престаје да постоји и њихов дотадашњи предмет регулисања. Остале норме или и даље постоје као норме државног права или се претварају у самоуправне правне норме, односно мењају предмет али и даље задржавају правни карактер. С друге стране, изванредан број самоуправних норми настаје потпуно изнова јер су изграђени нови самоуправни друштвени односи. У том смислу у правни систем улазе потпуно нове правне норме тако да он као целина бива захваћен овим преображајем. Штавише, управо постојање оваквих самоуправних правних норми може се узети као сигуран показатељ да су се односи у материјалној производњи променили, односно да се преображава држава која штити такве односе. Тако се

може приметити како са развојем самоуправљања све већи број самоуправних правних норми и института постаје саставни део грана и области у правном систему. У почетку је овај процес дошао до изражаја најпре у гранама радног и привредног права да би касније захватио и остале правне гране, а пре свега гране грађанског, управног, па чак и уставног права. Према томе, норме самоуправног права не могу да се сврстају у посебну самоуправну грану, као што не могу да се сврстају ни само у област приватног ни у област јавног права. Норме самоуправног права се налазе истовремено како у различитим правним гранама, тако и у јавном и приватном праву. То значи да подела на јавно и приватно право и даље остаје актуелна и примерна садашњој улози државе и права, али не значи да се са развојем самоуправне регулативе мења карактер и смисао ове деобе. Наиме, у основи овог разликовања леже два различита система друштвеног живота. Јавно и приватно право су израз оних узрока који су у крајњој линији изазвали настанак државе и права уопште. А главни узрок је, како је познато, класна борба. Насупрот томе, подела на државно и самоуправно право се јавља као израз постепеног повлачења државе из области стварања и примене права, мада је и даље велики број самоуправних норми снабдевен државном санкцијом. Са постепеним одумирањем државе и државног права самоуправљачи, почињу у области права да обављају послове који су до тада спадали искључиво у надлежност државних органа. С друге стране, иако се о подели на државно и самоуправно право данас може говорити у условном смислу, и то имајући у виду извесна формална мерила за њихово разликовање и разграничење, треба истаћи да је ова деоба настала на тлу социјалистичког друштва које има за свој идеал и циљ укидање сваког облика класности и експлоатације. У том смислу социјалистичкој идеји је страна друштвена неједнакост у истој мери у којој се признаје неједнака индивидуална обдареност, способност и рад. Дакле, подела на државно и самоуправно право представља израз сасвим другачијих узрока и оклности. Они не укидају наслеђену поделу на јавно и приватно право јер јавно и приватно право и даље постоји, али доводе до настанка самоуправног права које са даљим процесом демократизације друштва у свим његовим сферама треба постепено да једним делом ублажи дуализам између јавног и приватног и између државног и друштвеног. Према томе, да би са сигурношћу могло да се говори о овом проблему треба претходно утврдити у којој мери јавно право утиче на приватно, односно државно на самоуправно право, као и у којој су мери јавно и државно право одређени приватним, тј. самоуправним правсм. За сада се са сигурношћу може рећи

да се сфера „јавног“ не исцрпљује у сфери „државног“, као што се ни појам „самоуправног“ не може изједначити са појмом „приватног“ јер га у много чему превазилази. С друге стране, на данашњем степену развоја између државног и самоуправног права нема стварног дуализма јер не постоје стварни услови за тако нешто. Другим речима, самоуправно право се и даље у значајној мери ослања на државу и државно право.

Имајући ово у виду, чини се да има довољно места и за садашњу поделу права на јавно и приватно, али и за поделу на државно и самоуправно право. Не треба при томе изгубити из вида да је свака подела условног карактера и релативна, јер се ради о вештачком дељењу јединственог ентитета — у овом случају јединственог југословенског позитивног права. Између свих ових облика права, долази до сваковрсног поклапања, али постоје и значајне разлике. Пре свега, у правном систему норме државног права готово без изузетка чине саставни део онога што подразумевамо под сфером јавног права. Изузетак о коме се може дискутовати представљају оне норме које заједно доносе различити друштвени, најчешће самоуправни субјекти и држава као равноправан партнер, и то на принципима једнакости, равноправности и солидарности. Унеколико је другачији случај са самоуправним и приватним правом. Наиме, норме самоуправног права најчешће чине саставни део великог броја норми које припадају области приватног права. Међутим, циљ самоуправљања и самоуправног права као једног његовог израза се не може идентификовати са аутономијом воља различитих друштвених субјеката. Самоуправљање и самоуправно право имају за циљ даље демократизовање друштва и права, и на тој основи постепено одумирање државе и права. Стога се његове норме налазе и у оним гранама правног система које иначе спадају у област јавног права. Међутим, ова сличност не треба да заварава, јер се у основи ових подела налазе два различита система друштвених односа који захтевају два различита система правног нормирања. У томе је уједно и основна разлика између ових облика права.

*др Петар Радуловић, самостални саветник
Скуп. СФРЈ за друш. пол. односе*

ОСВРТ НА ЗНАЧАЈ И РАЗВОЈ САМОУПРАВНОГ ПРАВА У НАШЕМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ

У оквиру ове расправе било је доста речи о јавном и приватном праву, што је, без сумње, значајно и корисно. Али, сматрам да је потребно, у оквиру ове теме, говорити о нашем самоуправном праву.

Као што је познато наш друштвено-политички и економски систем заснива се на начелима самоуправљања, а тиме и наш правни систем има две врсте регулативе: државну и самоуправну. Осим тога, постоји веома велики број прописа који се често мењају. То нарочито важи за државне прописе када се посматра ранији период, а за самоуправну регулативу то је оцена садашњег стања.

Садашњи степен развоја нашег социјалистичког самоуправног система карактерише децентрализација и деетатизација државних функција (преношење државних функција са централних на локалне органе власти и са државних органа на организације удруженог рада и друге самоуправне организације и заједнице). У томе се све више испољава начело подруштвљавања државних функција. То се, поред осталог, огледа и у томе што скупштине друштвено-политичких заједница, као највиши законодавни органи, постепено прерастају у највише органе друштвеног самоуправљања. Истина, ваља рећи и то да су функције државних органа још увек бројне и значајне.

Према томе, наш правни систем, поред осталог, карактеристичан је како по броју субјеката који, уређују друштвене односе тако и по упоредном постојању две врсте регулативе (државне и самоуправне). Постојање великог броја субјеката (државних и самоуправних) овлашћених да регулишу друштвене односе условљава доношење великог броја општих правних аката — прописа који у основи морају бити усклађени. Наиме, морају се поштовати принципи уставности и законитости, а истовремено заштити самосталност органа и организација и омогућити развој самоуправљања. Усклађивање тих основних

начела и принципа захтева како познавање смисла и суштине система, његово дубље сагледавање, тако и постојање одређеног степена друштвене свести.

Самоуправљање се не може изграђивати само државним прописима, јер његов развој све више намећу потребу изградње и усавршавања самоуправне регулативе, формирања одређеног степена друштвене свести и усвајање самоуправљачке етике у целини, а посебно у појединим областима друштвеног живота.

Односи државних органа и организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница нису једноставни, већ, напротив, проузрокују сложен проблем. У ствари, дијалектика прелазног периода повезана је противречностима процеса у вези са одумирањем државе као класне творевине и потребама вршења њених функција. На једној страни испољава се тенденција уплитања државних и других органа и организација у све сфере самоуправног развоја и јачање улоге власти независно од усвојених основних принципа и уставних одређења. С друге стране, у оквиру самоуправљања долазило је (тога и сада има) до многих злоупотреба права. Појединци и групе су манипулисали и још увек манипулишу друштвеном својином и средствима, па и људима, према свом нахођењу и тиме наносе штету друштвеним интересима и целом систему. То, све скупа, намећу потребу свестраног сагледавања, отклањања проблема и унапређивања друштвених односа.

Самоуправно право, боље рећи самоуправна регулатива, свд више захвата бројне гране права и области друштвеног живота. Тако, на пример, област радног права, која већ дуже времена привлачи пажњу како на плану националног законодавства тако и међународне (интернационалне) заштите, претежним делом спада у домен самоуправног права. Другим речима, у оквир самоуправне регулативе спадају бројна права, као што су: заснивање радног односа; одређивање зараде односно висине личног дохотка; стручно оспособљавање и усавршавање; кретање у току рада и с тим у вези висина личног дохотка, а тиме и висина пензије (што је, наравно, повезано и са резултатима рада); право на одсуство у одређеним случајевима, затим, право на стан односно реализација тог права као веома битног права и низ других права која су од животног интереса радника (запослених лица), а затим делом и других лица, посебно оних који треба да ступе у радни однос.

Према томе, самоуправна регулатива има веома велики значај у остваривању права и извршавању обавеза радних људи (свих запослених, јер обухвата све области друштвеног живота изузев ЈНА), па и грађана уопште. Она је не само интерног карактера већ и знатно ширег домена. Другим речима, поред

права и обавеза радника одређеног колектива односно радне заједнице њоме се регулишу и права осталих лица (корисника услуга). То се нарочито односи на организације и заједнице које врше јавна овлашћења (у области саобраћаја, социјалног осигурања, образовања, комуналних делатности, и др.). Уз то треба напоменути да та регулатива обухвата норме материјалног и процесног права, а са сигурношћу се може тврдити да њој до сада није придаван одговарајући значај од стране науке. Неспорна је чињеница да до сада нису вршена одговарајућа истраживања, да о томе има мало литературе која свестраније сагледава ту, веома важну и сложену проблематику као и то да у нас постоји веома велики број прописа (државних и самоуправних) што се, поред осталог негативно одражава на остваривање уставности и законитости.

Познато је да законодавна (нормативна) делатност у ширем смислу речи, по правилу, није довољно усавршена, јер су друштвена кретања и живот инвентивнији од законодавца. Због тога се то питање све више појављује као проблем савремених држава. Развој цивилизације уопште, а нарочито нагли пораст технике и технологије условљава честе промене у друштвеним односима, а то проузрокује и измене у правној регулативи. С друге стране, постојање великог броја закона и других прописа и њихова честа измена има негативан одраз на правну сигурност грађана и других правних субјеката, па и на цулокупну уставност и законитост.

С тим у вези треба истаћи да укупно сада, у целој земљи, има око три милиона и тристотине хиљада разних прописа (државних и самоуправних). Највише је самоуправних споразума и друштвених договора — око два милиона, затим самоуправних општих аката — око милион двеста хиљада и око сто хиљада државних прописа. До ових података, који наравно нису апсолутно тачни дошас сам, током прошле године, јер сам проучавао ту проблематику. Ти подаци су ових дана објављени и у дневној штампи.

Све то упућује на сложеност у остваривању јединства правног система у земљи као битног постулата социјалистичке законитости. Другим речима, и самоуправно право не може да буде дифузно, расуто, ван системских начела. У поплави прописа, постоје многобројне опасности: једна је што се у томе тешко сналазе чак и врсни правници, а камоли мање упућени грађани, а друга што се ствара претерани формализам, који је такође, у нас много присутан.

Нема сумње да наука и образовање тј. институти и факултети треба да поклоне овом питању знатно већу пажњу. У том циљу је и ова моја дискусија у нади да ће овај цењени

скуп а посебно Правни факултет у Београду, који је дао велики допринос проучавању проблема и изналажењу адекватних решења у области политичког система, допринети решавању проблема.

Мислим да би било корисно да се, поред осталог, организује саветовање о самоуправном праву.

О ОДНОСУ ИЗМЕЂУ ГРАЂАНСКОГ И ПРИВАТНОГ ПРАВА И О НАЗИВУ „ГРАЂАНСКО ПРАВО”

Назив „грађанско право” је буквалан превод латинских речи *ius civile* и његов изворни смисао треба потражити у римском праву. У том свом првобитном значењу *ius civile* је означавало *целокупни правни систем (дакле, како јавно тако и приватно право)* који важи за припаднике односно грађане једног града у њиховим међусобним односима (*civitas*). У римској држави било је више система цивилног односно грађанског права (заправо онолико колико је било независних градова са својом законодавном аутономијом); за саме Римљане *ius civile* је било право Рима, право Квирита (*ius quiritium*). Овако схваћено, као локално право, *ius civile* је супротстављано *ius gentium*-у, општем (универзалном) праву које је важило за све народе, прецизније, за односе између *пeregрина* (странаца) различитих народности у *сквиру* римске државе, као и за односе између римских грађана и *пeregрина*. Временом, кроз активност претора, текао је процес *зближавања* између ова два система, њиховог *прожимања*, а када је конституцијом цара Каракале 212. године свим слободним поданицима римске државе признато римско грађанство, *ius civile* (и само модернизовано под утицајем *ius gentium*-а) изгубило је свој локални карактер и постало опште право важће за све слободне становнике римске државе.

У средњем веку изразом „цивилно право” означавано је римско право (у његовом завршном облику, *Corpus iuris civilis*-а) и као световно право супротстављано је канонском као црквеном праву (цивилстима су у то доба називани професори који су на универзитетима предавали римско право). Истовремено, израз је добио уже значење и њиме је сада означавано само римско приватно право; *изрази грађанско и приватно право постали су, дакле, синоними*. Како је до тога дошло? Пропашћу западног римског царства јавно право садржано у Јустинијановим компилацијама, као право о организацији империјалне администрације, изгубило је свој значај. Ова историјска појава је и од несумњивог теоријског значаја: чињеница да је судбина

римског јавног права била једна (престало је) а приватног друга (у новим условима државне и политичке организације наставило је да живи), показује да је база јавног права једна а да је приватно право надградња над једном другом базом; да су јавно и приватно право делови са одређеном самосталношћу.

У најновије време, заправо у току последња два-три века, израз „грађанско право” добија још уже значење; он постаје синонимом за израз опште приватно право. Наиме, из раније јединственог система грађанског (приватног) права настају нове гране (трговачко и његови даљи издаци: поморско, саобраћајно, ваздухопловно, право осигурања); по својој природи оне су специјално право (*lex specialis*), којим се у односу на одређене субјекте (трговце) или на одређене објекте, или правне односе, дерогира општи режим. Грађанским правом се сада назива тај недерогирани (традиционални, што наравно никако не значи и неизмењени) део приватног права: облигационо, стварно, наследно, породично; трговачко право са својим издацима (који се временом све више осамостаљују и у односу на њега) постаје специјално приватно право. Ова паралелност режима постоји, како се види, само у једном, додуше врло пространом делу приватног права (облигационо — привредно), док је у осталим подручјима режим приватног права остао јединствен (не постоји неки специјални режим наслеђивања којим би општи систем био укинута нити неки специјални режим породично-правних односа, који би важио само за одређене категорије грађана). Узгред, овим је одређено и место породичног права у правном систему и посебно у систему приватног права: породично право је део (грана) грађанског права (као што је то случај са, рецимо, наследним правом); штавише, то је недерогирани део грађанског права, иако у много чему нов у односу на ранија решења (тако да се у одређеним тачкама и правцима успостављају и везе са јавним правом; његова припадност грађанском праву, наравно, не искључује и његово посебно место у том систему, због значајних специфичности у односу на имовинско грађанско право). Аргументи на плану законодавне систематике, који су у нашој правној теорији истицани у прилогу тврдње да је породично право ван система грађанског права не могу се прихватити. Критеријуми за поделу правног система на поједине гране су теоријски; њих законодавац може да се држи али не мора. Код нас је кодификација цивилног права вршена у етапама и путем закона који су уређивали поједине области, па не можемо знати ни какав је став законодавца по том питању (и наследно право је својевремено уређено посебним законом, па из тога нико није извео закључак да је оно ван система грађанског права; из тих разлога се не може рећи да је

стварно право изван система грађанског права, а још мање да је онај део стварног права који је уређен савезним Законом о основним својинско-правним односима једна грана или подграна стварног права, а онај део који ће бити уређен републичким законодавством друга).

Последњих неколико деценија многа решења која су једно време била специфична за трговачко (привредно) право потискују решења из општег приватног (облигационог) права и тако постају општа, чиме се врши унификација ове две области (као што је некада *ius civile* обогаћивано преузимањем појединих решења и установа из *ius gentium*-а); овим процесом *комерцијализације приватног права* проширује се, дакле, подручје јединственог (општег) приватног права, па утолико и израз „грађанско право” у смислу синонима општег приватног права добија нешто шире значење. Наравно, подручје специјалног приватног права остаје и даље врло велико.

Назив „грађанско право” је, као што је познато, оспораван у нашој послератној правној књижевности. Предлаган је назив „имовинско”, чији су недостаци очигледни са етимолошке тачке гледишта: с једне стране, он из система искључује грађанско неимовинско право, с друге, он се односи и на финансијско право и имовинско прекршајно право (имовинске санкције у кривичном и административном праву), који су делови јавног права; у сваком случају области које су по природи различите и које се не желе обухватити називом. Уосталом, ни сам назив „грађанско право” није без недостатака; етимолошки, он би покривао и извесна индивидуална политичка права грађана (право гласа, рецимо), која су с обзиром на своју садржину ван система грађанског права (неправници под грађанским правима најчешће подразумевају баш ова уставна права и слободе грађана: право гласа, слободу вероисповести итд). Ипак, са ове тачке гледишта његови недостаци су мањи, а предност му је у томе што су области које се њиме означавају остале у основи исте, као и у његовој конвенционалности, па према томе и у нашој навикнутости на њега и његовој одређености. У овом поретку мисли треба истаћи да су све источноевропске социјалистичке земље задржале назив не само у литератури него и у законодавству и да чак у томе није било никаквог колебања: Грађански законик РСФСР од 1922 (и грађански законици других совјетских социјалистичких република), Чехословачки грађански законик од 1950, Мађарски грађански законик од 1959, Основи грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република од 1962, Грађански законик РСФСР од 1964, Пољски грађански законик од 1964, нови Чехословачки грађански законик од 1964, Цивилни законик Немачке ДР од 1975.

Назив „грађанско” данас је за многе неприхватљив пре свега због његовог идеолошког призвучка: грађанско право, као систем изграђен на бази приватне својине, представља се као право буржоаске, *грађанске* класе и њеног, *грађанског* друштва (у коме је, уосталом, доживело највиши ступањ у свом развоју), а наше данашње друштво је негација те класе и тог друштва. То је тачно, али треба подсетити: назив је преживео све друштвене формације почев од робовласничке и више пута је кроз историју мењао свој смисао и добијао разне идеолошке примесе; чињеница да је у робовласничком Риму имао једно значење није могла спречити да у капитализму има друго и да добије друге идеолошке призвучке, који, опет, неће моћи спречити да у нашем друштву (у чијем је средишту *грађанин* са својим правима) добије призвучак који је одраз природе нашег друштва.

Упркос недостацима које има, по нашем мишљењу било би упутно не само задржати назив већ му и проширити смисао и њиме означавати целокупно приватно право (како опште тако и специјално), а напустити његов некадашњи синоним „приватно право”. Назив „приватно” је тај који је због својих идеолошких примеса непожељан па и мање прикладан, због мање егоистичког карактера приватних интереса у нашем друштву. (Занимљиво је овде приметити да је Грађански законик РСФСР од 1964, донет у земљи чија теорија не познаје поделу на јавно и приватно право, по својој структури у ствари законик о целокупном такозваном приватном праву, са изузетком породичног права; овај законик, наиме, садржи: одредбе о општем делу, о праву својине, облигационом праву, ауторском праву, праву на откриће, проналазачком праву, наследном праву и међународном приватном праву). Као замена за назив „приватно право” предлагани су и други називи, али предлози до сада нису прихваћени. Назив „нејавно” (као супротност јавном) није добар јер је негативан, а негативни називи (као и негативне дефиниције) имају тај недостатак што не наговештавају садржину коју означавају; из њих се види шта се не означава али се не види шта се означава. Назив „друштвено право”, који је такође предлаган, има тај недостатак што је грађанско право по свом пореклу и својој санкцији државно; он би више пристајао праву садржаном у друштвеним договорима и самоуправним споразумима, које је и по пореклу и по санкцији недржавно.

Било би, вероватно, упутно напустити и термин „јавно право” и уместо њега употребљавати неки други, евентуално назив „политичко право”. Можда би усвајање ових назива (политичко и грађанско) наместо садашњих (јавно и приватно) помогло да се мирније и без неких оптерећења разговара о самој подели.

МЕСТО ПОРОДИЧНОГ ПРАВА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ

Нисам поставио себи у задатак да арбитраiram о питању колико је значајна подела на јавно и приватно право у нашем правном систему.

Да не бих, ипак, остао дужник овом скупу, рећићу да је таква подела корисна, дакле, није никако искључена, али само уз два ограничења: 1. она има више академски а не стварни значај јер је делимично потиснута сложенијом организацијом нашег правног система и 2. она, због реченог, не може никако бити основна, већ само једна од теоријских (или допунских) подела нашег позитивног права. Ако се томе додају и сви безбројни могући критеријуми за овакву поделу, при чему ниједан није довољно поуздан, онда је јасно да је и сама подела више у домену глобалне теорије, а не и њене поуздане практичне примене.

Управо, питање о коме ћу говорити може да представља снажан доказ за овакву тврдњу. Говорићу о месту породичног права у правном систему. Као што се већ на први поглед види, ја нисам употребио израз „у оквиру грађанског права”, па чак ни израз: „у оквиру приватног права”. То нисам учинио једноставно зато што породично право сматрам много сложенијом правном творевином да бих га без резерве могао на силу угурати у једну од две правне области. Или, тачније речено, оно спада и у једну и у другу област, а у последње време све више добија елементе самоуправног права, и још више од тога, оно постепено чак губи неке елементе правног односа и прераста у област ванправних метода уређења породичних односа. Имајући све ове чињенице у виду, заиста би представљало насиље над чињеницама да се ова грана права удобно смести у оквире неке од унапред постављених схема.

Ова своја тврђења покушаћу да поткрепим и неким доказима. Поћићу, при томе, од познате истине да право, уопште, представља само надградњу над друштвено-економским и политичким односима. Породично право у нашем друштву зато треба да одражава реалне односе који постоје у породици и да уочава нове процесе који се у њој одигравају.

Све до развијенијих облика капитализма, породица је била биолошка, социјална и економска ћелија друштва. Породично домаћинство било је основна грана народне економије. Друштвена подела рада вршила се унутар породице, а сам породични посед представљао је основу целокупног живота и услов egzистенције свих чланова породице. Породица је била микрокосмос, предузеће, социјална установа, школа и универзитет. Индустијска револуција, а посебно револуционарне мере социјалистичког друштва, развлашћују породични посед. Ствара се нов модел, радничке породице, која је лишена сопствених средстава за производњу. Зато се она потпуно отвара и постаје зависна од врло широког спектра друштвених мера које треба да јој обезбеде основне услове опстанка. То је процес који је у науци познат као подруштвљење породице. Паралелно са подруштвљавањем одвија се и процес демократизације и хуманизације породичних односа.

Питање је: шта ови процеси значе за породично право? Приватносопственичкој породици одговара правни систем према коме је породично право део грађанског, а тиме и приватног права у ширем смислу. Међутим, и тада је ова грана права имала низ специфичности због којих су многи правници постављали питање: да ли је породично право део грађанског права, или је можда посебна грана права. Познато је да је код нас Валтазар Божишић изоставио одредбе о породици из Општег имовинског законика за Црну Гору, тврдећи да се не може прavitи нога према ципели, већ ципела према нози, а да по његовом мишљењу у народу постоји толико шаренило од различитих обичаја да никако није могуће све њих обухватити чак ни у посебном закону о породици.

Поготову данас, породично право мора пратити преображаје друштва у целини, а посебно породице. Неколико елементарна показатеља ове правце преображаја.

Прво, према *формалном извору*, област породичног права представља посебну уставну материју (чл. 188—191 Устава СФРЈ). Она је и засебно кодификована, раније у оквиру четири савезна закона, а сада у оквиру јединственог закона о браку и породици (у СР Србији, Словенији, Хрватској и БиХ). У том погледу, постоје два система у упоредном праву: (1) у грађанским државама породично право је формално још увек у оквиру грађанског права, али и овде израста врло снажно стабло аутономног породичног права; (2) у свим социјалистичким земљама издвајање је извршено и суштински и формално.

Полазећи од тога, правна теорија је готово јединствена да је породично право аутономна правна област. У нашој земљи, само је Димитар Поп-Георгијев заступао супротно стано-

виште. У Совјетском Савезу недавно је слично мишљење изнела Наташа Јершова, док сви остали подржавају мишљење о издвојености породичног права у посебну област. Овде не убрајам цивилисте на западу, па и у нашој земљи, који су мање склони да признају аутономно биће породичног права.

Друго, *разликовање према предмету*. Предмет породичног права су претежно лични *статусни* и *нестатусни* односи, брачни, родитељски, адоптивни, старатељски. У ширем смислу, предмет је породица као самостална друштвена појава, а не као супститут имовинског права. Чак и имовински породични односи у значајној мери се разликују од грађанскоправних односа и за њих веже посебан режим и посебна правила. Они више не представљају суштину и најважнији елемент породице, па су и издвојени у посебне одељке закона. Наравно, никако не треба потценити њихов значај, али са еманципацијом жене и већом друштвеном заштитом деце, они постепено уступају предност личним односима.

Трећа специфичност породичног права је и у методу регулисања породично-правних односа.

— Норме породичног права претежно су *принудног карактера* и не могу се мењати вољом странака. Само у брачном праву постоји нешто шири простор за примену диспозитивног права, док је у родитељском и старатељском праву он сасвим сужен.

— Многе норме породичног права не садрже у себи санкцију, јер се налазе на граници права и морала и имају више карактер препоруке. Њихово поштовање или непоштовање зависи од добре воље чланова породице (на пр. обавеза поштовања и узајамног помагања брачних другова, правилног васпитања деце, итд.).

— У највећем делу породичног права не може се обезбедити *једнакост странака* и *равноправност њихових воља*. Воља малолетника и лица лишеног пословне способности у већини случајева нема правног значаја. Елементи једнакости и равноправности долазе до изражаја само у брачном праву.

— Слободна иницијатива странака такође има ограничену, знатно сужену примену у породичном праву. Многе односе, странке не могу по својој вољи мењати јер су они под принудним режимом.

— Породична права су *изван промета*, не само личне природе, већ по правилу и имовинска породична права (располагање уделом у заједничкој имовини, издржавање). За све породичне имовинске односе важи посебан режим.

— Породичноправна санкција такође није истоветна са грађанскоправном. Преовлађују санкције неимовинске личне

природе и специфичне по садржају (поништење, развод брака, лишење родитељског права, смењивање стараоца и слично). Чак и имовинске санкције имају особености у односу на грађанско право (законско издржавање, деоба заједничке имовине, одговорност за обавезе преузете у браку, итд.).

Несумњиво је, ипак, да су имовински породични односи она спона која још увек спаја породично и грађанско право. Не треба бити утописта па сасвим негирати постојање елемената који су некада чврсто везивали ове две правне области, али није потребно бити ни много далековид да би се уочило све веће њихово удаљавање. Још увек велики значај имовинских односа у породици само је показатељ недовољне друштвене еманципације човека и одсуства прокламоване друштвене солидарности, која треба да замени традиционалну породичну солидарност, а не и доказ непроменљивости и вечности породичног имовинског режима.

Да примера покаже да су и прошлост и будућност присутне у позитивном породичном праву Југославије.

— ЗБПО СР Србије предвидео је оснивање *алиментационих фондова* (солидарности), али још ниједна општина није основала овакав фонд, па чак ни Република Србија у оквиру својих надлежности.

— ЗБПО СР Хрватске предвиђа да лични дохоци брачних другова могу представљати одвојену, а не заједничку имовину, ако они о томе сачине писмени уговор. Ова одредба повлачи низ других последица са становишта њихових имовинских односа, а нарочито да брак престаје да буде имовинска, већ чисто лична заједница.

Све ово што је речено, налази се углавном у свим уџбеницима породичног права и готово да је било сувишно да се на овом скупу то понавља. Међутим, све ово је само *предисторија недавних још дубљих преображаја* норми, па и читавог система норми, породичног права. На основу ових до сада изложених обележја, може се бранити највише доктрина да је породично право, истина, *самостална грана права*, али да у свом основном концепту ипак спада у област приватног права.

Оно што се сада догађа, у значајној мери прелази границе овако постављене схеме, и то у више правца. Изложићу само неке од најзначајнијих:

(1) *Проширење самог појма и обима породичног права*. Данас треба разликовати *породично право у ужем и породично право у ширем смислу*. Прво је традиционално право о *унутрашњим породичним односима* (брачним, родитељским и старатељским), а друго је *право о породици*, о правној и друштвеној заштити породице. Прво више спада у област *приватног*, а дру-

го, у област *јавног* и *самоуправног* права. Ово се све више интегрише са унутрашњим породичним правом у јединствен систем правног уређења породице. Све до првог светског рата породично право у ширем смислу није постојало, а данас се толико намеће да се никако не може заобићи. Оно би се метафорично могло приказати као спољни прстен који окружује породицу и који означава везу друштвене заједнице и породице. Овај спољни прстен могао би се још назвати: социјално право о породици, али је и овај израз преузак, јер није реч само о класичном, већ и о самоуправном праву, па чак није реч ни само о праву, већ о социјалној политици у најширем значењу овог појма. Уколико се овај спољни прстен више шири, уколико се међусобне обавезе чланова породице заснивају на принудној солидарности, сужавају. То је истовремено показатељ да се увећавају мере правне и друштвене заштите породице, као и облици друштвене солидарности, а то ће рећи, елементи јавног права у уређењу породице.

Може се истаћи приговор да су породично право у ужем и ширем смислу две сасвим различите ствари, али такав приговор није основан. Интеграција ове две правне области је у току и на законодавном плану. ЗБПО СР Србије у том погледу учинио је неколико снажних продора у области које су до сада биле сасвим изван класичног породичног права. Слично су поступили, истина у мањој мери, и закони других република и покрајина. Може се рећи да је то светски процес и да је он незадржив.

Опет смо примера ради, наводим ЗБПО СР Србије, који већ у чл. 1. изражава идеју да његове одредбе представљају само део шире друштвене и правне заштите породице. Први део овог закона, под називом „Породица”, изван је свих класичних правних шаблона јер садржи управо интегрисане одредбе о породици као целини и о облицима њене друштвене и правне заштите. У њему је предвиђено да се самоуправним споразумима и друштвеним договорима могу чак и проширивати права породице према друштвеној заједници, која је утврдио овај закон. Он предвиђа и обавезу оснивања Републичког друштвеног савета за питања породице са сасвим новим, првенствено самоуправним задацима. Овај закон преузео је и читаву област тзв. „социјалног права”, нарочито у делу о правној заштити деце са и без родитељског старања. Он је, као што је већ речено, предвидео оснивање алиментационих фондова, али и других установа као што су брачна и породична саветозалишта, саветовалишта за планирање породице и др.

(2) Други продор позитивног породичног права у области изван приватног права је у *проширењу задатака органа стара-*

тељства у правној и друштвеној заштити породице. ЗБПО СР Србије дао је овом органу 33. нова задатка. Очигледна је тежња закона да пренесе тежиште са судског контрадикторног, парничног поступка, на друге методе решавања породичних односа, а нарочито применом метода стручног социјалног рада. Тако се друштвена и правна превентива и стручни социјални рад појављују све чешће као замена за класичну правну норму, што је сасвим у складу са измењеним положајем и природом односа у савременој урбаној породици. Закон је истовремено проширио брачне слободе, делимично реформисао и сам брак, признавајући нека имовинска дејства и ванбрачним заједницама, али је с друге стране поштрио одговорност родитеља и самог друштва према деци и старим лицима. Орган старатељства је највише у том правцу добио знатан број нових овлашћења и она се крећу од обавезе миренја брачних другова до права на тужбу за утврђивање очинства и издржавање у име детета односно старог родитеља.

(3) Све то је условило да многе одредбе породичног права све више губе карактер класичне правне норме и да се преплићу са мерама социјалне политике, социјалне заштите, васпитним, образовним мерама и са методама стручног социјалног рада. Ову појаву означио сам као *процес дејуризације правне норме*. Са постепеним проширењем свих ових ванправних метода, постепено долази до укидања и саме правне норме, тј, до њеног подруштљавања и коначно до њене негације. Очигледно је да је то будућност породичног права.

(4) На крају треба указати и на чињеницу да се неминовно мења и сама правна природа неких значајних установа породичног права. Овај процес није типичан само за наше право. Тако се, на пример, уговорна теорија брака, која је била владајућа све до недавно, замењује институционалном и другим сличним теоријама, родитељско право из права приватне моћи прераста у социјалну функцију коју је друштво поверило родитељима, непотпуно, претежно приватносопственичко (уговорно) усвојење замењује се потпуним нераскидивим усвојењем, по дејствима сасвим истоветним са природним родитељским односом, старатељство — од приватне породичне установе прераста у установу од општег друштвеног значаја, итд.

Све ово показује да се породично право све више конституише у врло сложену мешовиту правну област, са елементима приватног и јавног права, али и са сасвим новим обележјима као што су самоуправно и социјално право и многе ванправне методе уређења породице. Управо зато се прилично дуго залажем за конституисање нове научне синтетичке дисциплине под називом „*Наука о породици*”.

КЛАСИФИКАЦИЈА ТЕОРИЈА О ПОДЕЛИ ПРАВА НА ЈАВНО И ПРИВАТНО

Схватања о разликовању јавног и приватног права, која сам приказао у реферату, представљају чисте типове. То ће рећи да свако схватање заступа једну идеју о разликовању, да се свако заснива на само једној разлици. Многи аутори своја схватања граде, међутим, комбинујући више чистих типова. Будући да комбинују разне чисте типове, то се и комбинације знатно међусобно разликују. Не бих овом приликом информисао о тим различитим комбинованим схватањима. Искористио бих прилику да уместо тога укажем да се, колико год била међусобно различита, многа чиста схватања могу окупити око неких заједничких места, заједничких елемената. Многа чиста схватања, наиме, проводе разликовање по једном те истом основном елементу, приказујући међутим разне његове стране или карактеристике као одлучујуће за разликовање јавног и приватног права. Једнаест је таквих основних елемената, и сходно томе дају се сва приказана чиста схватања прегруписати у једнаест група.

Једној групи схватања као такав, заједнички, елемент служи порекло права: јавно и приватно право разликују се или по томе да ли су божанске или профане, световне провенијенције (теорија 1), или по томе да ли су друштвена или државна креација (теорија 2), или по томе да ли су потекли од државе, неаутономно, или од самих субјеката, аутономно (теорија 10).

Другима као елемент разлике служи то где је норма садржана, па ако је грађански законик њена правносистемска локација, по среди је приватно право, а иначе је право јавно (теорија 8).

Узрок постанка, чинилац који детерминише и изазива једну или другу област, заједнички је елемент схватања да је приватно право израз приватне својине (теорија 4), схватања да је приватно право одређено робноновчаном привредом (теорија 5), и схватања да је приватно право изазвано човековим нагоном за индивидуацијом (теорија 30).

И циљ се употребљава као основ разлике јавног и приватног права: остваривање јавног или приватног интереса као сврха норме (теорија 12).

Предмет регулисања, материја која се регулише заједничка је основа за схватање да су приватноправне оне норме које уређују имовинске односе (теорија 6), за схватање да приватноправне норме уређују уз имовинске још и породичне односе (теорија 7), и за схватање да јавно право регулише организацију и функционисање правног поретка, државе пре свега (теорија 29).

Скупно место за неколико схватања јесте начин како је материја уређена, укратко, начин регулисања: по једном схватању разлика је у томе да ли је уређена типично или индивидуално (теорија 3), по другом, да ли је императивно или диспозитивно (теорија 11), по трећем, уз ограничавање воље или без тога (теорија 13), а по четвртом, да ли тако да обавезност и противправност зависе од воље овлашћеног (теорија 14).

Титулус, основ из кога настаје правни однос, и то да ли је тај приватноправни или јавноправни, представља један даљи елемент на коме се гради разлика (теорија 9).

Једна, по броју схватања, већа група проводи разлику полазећи од субјективног права, одн. овлашћења: став о правно смети и правно моћи као разликујућим појавама јавног и приватног права (теорија 15), став о постојању или непостојању категорије субјективног права (теорија 16), став о одвојивости или неодвојивости права од способности да се право има (теорија 17), став о могућности или немогућности одрећи се права (теорија 18), став о праву као чистом или о праву праћеном обавезом вршења (теорија 19), став о усмерености права на одређено или на неодређена лица (теорија 20), став о заједничком вршењу права без овлашћења располагања правним објектом или подељеном вршењу, уз могућност таквог располагања (теорија 21).

И према санкцији неки деле право на јавно и приватно: став о правној и моралној санкцији (теорија 22), и да ли санкција следи из повреде обавезе непосредно, или тек посредно (теорија 23).

Неколико схватања окупило се око остваривања права као разликујућег елемента јавног и приватног права: као битна истакнута је разлика у погледу начина мотивисања да се изврши дужно понашање чиме овлашћени остварује своје право (теорија 24), разлика у погледу тога да ли титулар има овлашћење да сам остварује право (теорија 25), разлика у погледу тога да ли се право остварује по приватној иницијативи или по службеној дужности (теорија 26), разлика у погледу врсте по-

ступка у коме се право остварује (теорија 27), и разлика у погледу улоге државе у поступку у коме се право остварује — учествује ли у њему држава као арбитар или и као једна од страна (теорија 28).

Највише схватања, чак десет, почива на заједничком уверењу да у субјекту, неком његовом својству или положају, ваља тражити оно што разликује јавно од приватног права: имају ли норме у виду појединца као члана заједнице или као појединца (теорија 31), појављује ли се удружење као само овлашћени или само обвезани субјект (теорија 32), да ли су по среди односи удружења и чланова, или самих чланова (теорија 33), да ли је држава субјект у правном односу (теорија 34), ради ли се само о односу државе и поданика или и између самих поданика (теорија 35), је ли држава привредни субјект у односу или иступа у непривредној функцији (теорија 36), учествује ли у односу субјект вршећи јавну службу, јавну функцију (теорија 37), да ли је у односу један субјект надређен другоме или су положаји субјеката координисани (теорија 38), иступа ли у односу субјект као носилац јавне власти (теорија 39), и да ли је носилац јавне власти неопходан субјект односа и адресат норме (теорија 40).

ОСВРТ НА НЕКЕ СТАВОВЕ ИЗ ДИСКУСИЈЕ
Проф. БУДИМИРА КОШУТИЋА

У реферату, а и у уводној речи, пледирао сам за то да дебата о деоби нашег права, и права уопште, на јавно и приватно право не добија идеолошко-политички карактер, него да добије и до краја задржи карактер научно-стручне расправе, базиране на чињеницама, а не на етикетама. Друг Кошутећ сматра да је ово моје упозорење било сувишно, с обзиром на прилике у нашем друштву. Његово мишљење је у основи тачно. Али, моје упозорење је имало не само смисао да у току расправе не дође до идеолошко-политичких квалификација појединаца, него да расправа као целина има превасходно научно-стручно обележје. Јер, у нас је било и таквих расправа о појединим питањима од значаја за право и правни систем нашег друштва, чији ехо захваљујући политичко-идеолошким предубеђењима појединаца, није био повољан за поједине учеснике у тим расправама, иако су у њима добронамерно учествовали. Тај ехо се није по њих завршавао тежим последицама, али је ипак, краће или дуже време, био у извесном смислу непријатан. А ја бих желео да се расправа, о деоби права на јавно и приватно право води без претходних идеолошко-политичких опредељења у вези с тим питањем, да се заснива на чињеницама, да има садржајан и документован карактер. Таква расправа ће подстаћи већи број присутних да, у њој учествују и даће већи друштвено употребљив резултат.

Што се тиче дискусије о деоби нашег права и права уопште, на јавно и приватно право, осврнућу се на излагање друга Кошутећа. У вези с тим учинићу две напомене: прво, жао ми је, што је друг Кошутећ отишао пре него што је данашња расправа завршена, па неће бити у прилици ни да чује ни да евентуално одговори на ово што ћу рећи у вези с његовим излагањем; и, друго, о његовом усменом излагању тешко је говорити, јер, услед немогућности да се проучи у целини, постоји опасност да буде и криво схваћено и криво оцењено.

Колико сам могао да схватим, друг Кошутић је, у вези с деобом права на јавно и приватно право, говорио о тоталитету друштвених односа, о јединству материјалне производње, класних односа и могућности превазилажења тих односа, имајући у виду и прошлост, и садашњост и будућност. На основу таквог посматрања дошао је до закључка да само у буржоаском друштву постоји подела права на јавно и приватно право. Право социјалистичког друштва се не може делити на ове две области. Такође се не слаже са мојим тврђењем да робно-новчани начин привређивања условљава деобу права на јавно и приватно право. Као пример за то наводи податак да је у феудалном друштву постојала робно-новчана привреда, али се право тога друштвеног раздобља није делило на јавно и приватно право.

Поводом ових ставова друга Кошутића рекао бих следеће:

Прво, када се расправља о правном систему и његовој деоби на области права, а то значи и о деоби на јавно и приватно право, треба увек имати у виду укупност стања у друштву или, како каже друг Кошутић, тоталитет друштвених односа. Ја сам управо то и имао у виду када сам говорио о могућности деобе правног система нашег друштва на јавно и приватно право. Укупно стање нашег друштва и, у оквиру њега, нашег економског и правног система последњих десетак година је такво да несумњиво омогућава деобу нашег права на јавно и приватно право. Не видети то, значи забадати главу у песак.

Друго, при разматрању могућности деобе нашег права на јавно и приватно право, нисам се бавио футурологијом, тј. нисам разматрао ни питање услова ни питање времена превазилажења те деобе. За разлику од друга Кошутића који том питању поклања одговарајућу пажњу, могу рећи да оно мене није у овом моменту интересовало. Ја сам расправљао само о питању могућности деобе нашег данашњег права на јавно и приватно право и дошао до закључка да је таква деоба могућа и корисна. Сва друга разматрања у реферату су подређена том основном питању, па их у том контексту треба и посматрати.

Треће, није тачна тврдња друга Кошутића да подела права на јавно и приватно право постоји само у буржоаском друштву. Ова подела је постојала и у робовласничком друштву, додуше, у рудименталном облику и без дубљег теоријског образложења, али је постојала. Чињеница је да се о овој подели говори и у социјалистичком друштву, додуше, веома противуречно, али се говори. Тај факат није без икаквог значаја. О деоби права на јавно и приватно право се једино није расправљало у феудалном друштву, али то још не значи да ове области права нису постојале.

Међутим, када је реч о деоби права на јавно и приватно право у ма ком друштву, треба разликовати две ствари: прво, реално постојање јавног и приватног права као области дотичног правног система; и, друго, теоријско разликовање ових двеју области.

У робовласничком друштву постојали су и јавно и приватно право као реалност, а ту реалност је запазила и забележила правна теорија, тако да је оно што је постојало у стварности нашло одраза и у правној теорији.

У феудалном друштву, са рецепцијом римског права, појављује се приватно право, јер су средњовековни правници, с оживљавањем робно-новчане привреде, реципирали само онај део римског права који се називао приватно право. О јавном праву у овом друштвеном систему веома мало знамо. Знамо да су слободни градови имали своје статуте, да су доносили декрете; да су поједини феудалци оличавали и наредбодавну и другу власт. Али, ови подаци нам не омогућавају да створимо довољно јасну слику о постојању, домашају, физиономији и структури јавног права у феудалном друштву. Вероватно би се задовољавајућа слика о тој области права могла добити тек сестраним и дубљим истраживањима. Али, то је задатак који тек треба извршити. Дакле, у феудалном друштву је, почев од рецепције римског права, несумњиво постојало приватно право као друштвена реалност. На основу извесних података, може се рећи да су постојали и извесни облици јавног права. Али, оно што се, на основу података којима данас располажемо, зна, то је да се у правној теорији феудалног периода не помиње јавно право, него само приватно право. То смо уосталом чули данас и из излагања професорке Даниловић. Дакле, правна теорија феудалног периода није нам приказала у довољном светлу правну реалност тога раздобља; у њој се говори о приватном праву, док о јавном праву нема ни речи. Разлози таквог понашања нису нам познати. Али, ако правна теорија овог периода није вршила деобу правног система на јавно и приватно право, то још не значи да ове области права нису у стварности постојале, као што то сматра друг Кошутић. Његову тврдњу о стању права у феудалном друштву довољно демантује постојање приватног права. На постојање те области права указује и Маркс у својим радовима, на којег се иначе друг Кошутић често позива у прилог појединих својих тврђења.

У стварности буржоаског друштва је најочитије дошло до изражаја постојање јавног и приватног права као две области у оквиру правног система, а тај факат је буржоаска правна теорија и сагледала и проучила.

О јавном и приватном праву у социјалистичком друштву није могуће дати дефинитиван суд. Овај друштвени систем је тек у повоју. Али, оно што се може рећи данас, то је да се о постојању јавног и приватног права може говорити зависно од стања у појединим социјалистичким земљама. У неким од тих земаља доминира јавно право, док је приватно право такоређи занемарљива чињеница. Сходно томе, у правној теорији тих земаља се негира деоба права на јавно и приватно право. Такав је, на пример, случај у Совјетском Савезу. Насупрот томе, у нашој земљи је, у последњих десетак година, стање такво да реално постоје и јавно и приватно право, па се због тога наш правни систем теоријски може делити на ове две области права. Али, то не значи да постојање јавног и приватног права у оквиру нашег правног система и теоријска деоба нашег правног система на ове две области има исти значај, смисао и домаћај као у буржоаском или неком другом друштвеном систему. О томе сам у приличној мери говорио у реферату, па не бих хтео то да понављам.

Најзад, не стоји ни тврдња друга Кошутића да постојање јавног и приватног права као две области у оквиру правног система не условљава постојање робно-новчане привреде. Та је тврдња у толикој мери у супротности са историјским и савременим развојем привреде и права, да је демантују и историја и савремени развој. Ја сам се прилично дуго и прилично исцрпно бавио питањима јавног и приватног права и дошао, на бази чињеница, до уверења да је постојање ове две области права у оквиру правног система условљено постојањем робно-новчаног начина привређивања. Друг Кошутић, у свом излагању, није навео никакве чињенице које би доказивале супротно.

мр Борђе Лопичић и мр Никола Мемедовић: „БИБЛИОГРАФИЈА КРИВИЧНОГ ПРАВА ЈУГОСЛАВИЈЕ 1985—1975”, Београд, 1979. Експорт прес

1. Библиографија кривичног права Југославије, чији су аутори мр Борђе Лопичић и мр Никола Мемедовић, представља прву библиографију из ове области у нашој земљи и у том смислу је то једна од дуго очекиваних књига чије је појава веома значајна. Њен основни значај састоји се у томе што на целовит и систематизован начин даје општи преглед достигнућу и резултата југословенске кривично правне научне мисли од 1851. до 1975. године. Поред тога, као и свака друга библиографија она омогућава кориснику да се на сигуран, брз и потпун начин упозна са свим радовима који обрађују одређено питање из ове материје, па је с тога изузетно корисна за све оне који се баве кривичним и кривично процесним правом било за потребе студија, научне обраде или практичне примене. Томе посебно доприноси доста детаљан регистар појмова који је дат на крају књиге. На крају, вредност овог подухвата посебно добија у значају кад се има у виду да је он плод ентузијазма и рада само двојица аутора, а не тимова стручњака или института, као што је то иначе уобичајена пракса у подухватима ове врсте.

II. Сложен, обиман и дуготрајан посао који је неопходан за израду овакве библиографије нужно је стављао пред ауторе одређене дилеме и тешкоће које су они у целини добро решили, али о којима се ипак може дискутовати. Ту се радило о следећим дилемама:

1. Први проблем који се поставио било је питање са којом годином треба почети са прикупљањем података. Аутори су се одлучили за 1851. годину када је почео да излази први правни часопис на територији Југославије „Правдоноша” у Задру. Радови који су објављивани пре тога, истина сасвим изузетно, нису узети у обзир.

Уношење у Библиографију и ових радова захтевало би велика финансијска средства и дугогодишњи рад, што се у датим условима од аутора и није могло очекивати. Оваквом својом концепцијом приликом израде Библиографије аутори су дали предност њеном практичном значају на рачун њене целовитости и свеобухватности, и такво њихово опредељење се у овом првом издању може оправдати. Сем тога, као што то и сами аутори признају у предговору, Библиографија не садржи апсолутно све радове из ове области ни у посматраном периоду (1851. — 1975.) због практичне немогућности да се одређени чланци и дела пронађу, што се посебно односи на часописе из прошлог века. Међутим, ту се ипак ради само о изузетима који су без већег утицаја на потпуност Библиографије.

2. Други проблем који је требало решити тичао се избора радова који би требало да буду увршћени у Библиографију. Аутори су се определили за књиге, монографије, чланке и зборнике судске праксе, а изоставили су законске текстове, приказе, радове наших аутора који су објављени у иностранству, као и необјављене магистарске и докторске дисертације, па се поставља питање оправданости изостављања ових радова. Што се тиче приказа и радова наших аутора објављених у иностранству, може се прихватити оправдање аутора које је изнето у предговору да би прикупљање и ових радова захтевало велики додатни напор и финансијска средства, као и дуг временски рок. Међутим, њихово уношење у следеће издање Библиографије било би од велике користи. Такође се може прихватити што у Библиографију нису унети ни чланци из ванправних часописа и дневне штампе (осим неких изузетака) због њиховог малог научног значаја и превеликог броја. Међутим, сматрамо да су из Библиографије неоправдано изостављени законски текстови из кривично правне области, најпре зато што је њихов практичан значај за ову материју очигледан, као и због тога што њихово прикупљање не би изазвало посебне потешкоће. Аутори су унели само неке текстове закона који су по њиховој оцени били значајнији, али овакав свој поступак нису посебно образложили ни оправдали. Неоправдано изостављање из Библиографије сматрамо да важи и за необјављене магистарске и докторске дисертације из ове области, јер је и њихов значај у погледу уобичавања теоријске мисли у овој области несумњиво значајан. (Тим поводом напомињемо да је у часопису „Југословенска ревија за криминологију и кривично право“ у броју 1/1980. објављен преглед ових дисертација од 1945. до 1979. године, аутор мр Ивица Крамарић, чиме је овај недостатак делом отклоњен).

3. У Библиографији су с обзиром на њен предмет унети само радови из кривичног и кривичног процесног права, а не и

радови из криминологије, криминалистике, пенологије, судске медицине и психијатрије. При томе је критеријум избора да ли један рад третира искључиво кривично правну проблематику или не, нужно била субјективна процена аутора у чију исправност не треба сумњати. С тим у вези треба истаћи напор и тежњу аутора да у Библиографију, у циљу њене потпуности, унесу и радове који садрже у себи и једну и другу проблематику.

4. На крају, поставило се као питање по ком редоследу треба средити прикупљену грађу у Библиографији. То је учињено према абecedном реду презимена аутора, јер то омогућава да се прати њихов развој и укупни научни допринос овој материји. Редослед који би био извршен према времену објављивања појединих радова није прихваћен, иако би његова предност била у томе што даје бољи увид у хронолошки развој научне мисли.

мр Борђе Лазин

Michael R. Will, QUELLEN ERHÖHTER GEFAHR (Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder durch gesetzliche Generalklausel.), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, XXXII + 360 str.

Да наднаслов не казује да је по среди књига из правне серије познатог немачког издавача јуристичке литературе, по самом наслову („Извори повишене опасности“) не би се могло знати ради ли се о некој студији из технологије, политике, заштите на раду или слично. Но већ нас поднаслов доводи у сам центар збивања: обавештава да аутор проучава питање како даље развијати објективну одговорност за штету од опасне ствари и делатности, да ли у судској пракси, аналогном применом постојећих казуистичких прописа, или у законодавству, увођењем генералне клаузуле у законик. Мада то наслов не каже, аутор разматра још једну алтернативу (с. 243 и д.): да ли у законодавству уредити ову област еnumerативном методом или методом генералне клаузуле. Опредeљује се у оба случаја за ту другу могућност. Предлаже да се у немачки Грађански законик увeде (као § 835) генерална клаузула следеће садржине: „Ако је извором повишене опасности усмрћен човек или повређено његово тело или здравље, ималац тог извора дугује накнаду штете“. Ради се о супсидијерној генералној клаузули, јер се њеним увођењем не би дирало у већ постојеће (у законуку и посебним законима) одредбе за поједине случајеве, него само омогућила заштита у свим оним случајевима, који нису покривени постојећим одредбама (с. 327 и д.). Не предвиђа, надаље, вишу силу као општи основ искључења одговорности (с. 304). Противи се и томе да се унапред лимитира одговорност, да се одреди максимални износ до кога се штета надокнађује (с. 319). За узакоњење је рeдукционе клаузуле: ако је штета неуобичајено висока, суд може смањити обавезу накнаде (како у случају субјективне, тако и објективне одговорности) уколико би накнада пуне штете представљала тешку неправду за туженог (с. 322 и д.). Та четири предлога чине језгро ауторовог ангажмана.

1. Као што умножавање извора опасности карактерише и исток и запад, и сиромашне и развијене земље, тако их карактерише и то да односе поводом штета насталих из таквих извора опасности не могу савладати класичним системом субјективне одговорности. Али се пореди знатно разликују по начину како уређују те односе. Примењујући упоредни метод, аутор издваја четири типа: — енумеративни законодавни метод, праћен у судској пракси аналогном применом казуистичких одредби на неуређене случајеве (Аустрија), — постојање законске норме само за понеки случај опасности, а склоност судске праксе да широким формулацијама уведе генералну клаузулу о одговорности без кривице у свим случајевима повишене опасности (англо-америчко право, француско право, мешовити систем Квебека и Луизијане), — увођење генералне клаузуле од стране законодавца (СССР, Мексико, Италија), и — енумеративни метод у законодавству а одбијање судске праксе да појединачне норме аналогно примени на друге случајеве повишене опасности (Немачка).

У Аустрији (којој је посвећена III глава, с. 69-114) законодавац је нешто храбрије него у Немачкој реаговао на последице техничког развоја, али не много одлучније. При новелирању Грађанског законика, одбио је да уведе генералну клаузулу. Пракса је дуго одбијала да постојеће одредбе аналогно примени. Но после II светског рата, док је законодавац и даље остао доследан енумеративној методи, пракса је (од 1947.) кренула путем аналогije са одредбама о објективној одговорности за штете од аутомобила и железнице. У литератури је тај пут заговоран и раније. Законом признати случајеви одговорности без кривице схваћају се, не као изузеци, већ као израз општег принципа објективне одговорности. Старија литература била је против објективне одговорности првенствено због тешкоће, која постоји и данас, да се јасно разграниче опасне делатности и ствари од оних које то нису. Оно што је одлучило у прилог аналогije било је неоправдано различито третирање битно сличних случајева и подједнако опасних извора — у једнима признавање а у другима непризнавање заштите. Аутор показује да су неосновани разлози који се традиционално наводе у прилог забране аналогije: с једне стране, принцип *singularia sunt extendenda* (при чему се објективна одговорност поима као изузетак), а с друге стране, али повезано с првим, став да аналогна примена значи стварање права, чиме се огрешује о принцип поделе власти (задирући у прерогативе резервисане за законодавца). На основу аустријског искуства, аутор оцењује да је аналогна примена могућ пут развијања објективне одговорнос-

ти, којег се не може одбацити тврдњом да нужно претерано проширује случајеве одговорности без кривице.

У англо-америчком, француском, квебекском и праву Луизијане (којима се аутор бави у IV глави, с. 115-148), готово да уопште нема норми о објективној одговорности за штете из извора повишене опасности (изузимајући оне које су уведене као последица приступања међународним споразумима). Но пракса је јасно испољила склоност ка генералној клаузули. У англо-америчком праву деликт *negligence*, (творевина праксе) представља, слично као у немачком праву, формулу која прикрива једним делом и случајеве одговорности без кривице. Праву генералну клаузулу о објективној одговорности створио је највиши суд Енглеске у случају *Rylands v. Fletcher*. У САД припремано је али није донето посебно законодавство о објективној одговорности. Ту је велики утицај извршила генерална клаузула, садржана у *Restatement of Law*, Америчког института за право (мада не од почетка, када је оцењена као мртворођиче, већ 60. година). Трајније решење проблема објективне одговорности очекује се од законодавца. — У Белгији 1871. а у Француској 1896. пракса претвара чл. 1389 француског Грађанског законика у генералну клаузулу о објективној одговорности. Припремани су посебни прописи, али нису донети. Систем одговорности за штету чувара ствари (*gardien*) оптерећен је жртвовањем правне сигурности, што аутор сматра неизбежном последицом усвајања једне тако неодређене генералне клаузуле. Систем одговорности *gardien-a* доживео је опречне оцене. Умногome се заговара законодавна интервенција у области одговорности за штете из извора повишене опасности. — Заједничко је за англо-америчко и француско право да су преседан *Rylands v. Fletcher* и теорија одговорности *gardien-a* имали брзу и успешну каријеру, али им је заједничко и то да су уследиле и супротне одлуке (у случају *Read v. Lyons*, одн. у Француској у случају *Franck*). Заједничко је и то да разграничење опасне од неопасне делатности представља велики проблем. Термин опасна ствар одн. делатност одбачен је у први мах, да би му се данас опет вратило. — У Квебеку и Луизијани измешани су су елементи енглеског и француског решења.

Италија (V глава, с. 150-192), СССР (VI глава с. 193-232) и Мексико (VII глава, с. 233-241) чине групу земаља чији закони садрже одредбе о одговорности за штете од опасне делатности одн. из извора повишене опасности. Но док је у друге две земље то генерална клаузула о објективној одговорности за те штете, у Италији је то генерална клаузула о претпостављеној кривици за те штете. Полазиште законика из 1942. је традиционално: субјективна одговорност је принцип, а објек-

тивна изузетак. Случајеви такве одговорности предвиђени су у посебним законима, а неки у самом законнику. У време кодификовања нису били сазрели услови за објективну одговорност за штете из повишене опасности, па су се заступници субјективне и заступници објективне концепције нашли на компромисној формули о претпостављеној кривици за такве штете (чл. 2050). Мада је одредба критикована у иностраној литератури, потврдила се у пракси мноштвом (више стотина) пресуда донетих на основу ње. Аутор приказује практични живот те одредбе, анализирајући с једне стране домен опасних делатности, како је одређен у пракси, а с друге, испитујући с колико се строгости у пракси одређује појам потребне пажње у опхођењу с опасним стварима (која ослобађа одговорности). — У совјетском законнику из 1922. по први пут се у свету јавља генерална клаузула о објективној одговорности за штете настале из извора повишене опасности (чл. 404), и то равноправно с генералном клаузулом о субјективној одговорности, и то, што је посебно интересантно, по принципу претпостављене кривице, Генерална клаузула праћена је каталогом примера ради наведених случајева опасних делатности. Испрва је она подстакла судове, нарочито ниже на широкогрудо тумачење појма опасне делатности, што су онда покушали виши судови да зауставе. Основни проблем био је одредити који извор представља повишену опасност. Мада, је генерална клаузула законско решење, у литератури се ни до данас није смирила расправа о томе да ли је бољи систем генералне клаузуле или систем еnumerације. У прилог еnumerације а против генералне клаузуле наводе се познати аргументи (произвољност у одређивању појма опасне делатности, и то да објективна одговорност по природи својој треба да је изузетак). Но животност генералне клаузуле, закључује аутор, показује се и после пола века праксе. — Мексичка клаузула, из законика донетог 1932., спорна је што се тиче порекла: да ли представља кодификовање француске праксе или копију совјетске клаузуле, или ни једно ни друго. Од посебности издваја се то што виша сила не искључује одговорност, а с друге стране, одређен је максималан износ до кога се одговара објективно за штету из извора повишене опасности. Пратећи праксу и реаговања у теорији, аутор и у погледу ове клаузуле закључује да је одиграла корисну улогу.

Немачко решење (приказано у прве две главе књиге, с. 1-39, с. 41-68) заједничко је дело законодавца и праксе: законодавац је поступао искључиво казуистичком методом, а пракса је упорно одбијала аналогију. Законодавни еnumerативни пут започео је 1838. (одговорност железнице). Следио му је низ посебних прописа. Развој објективне одговорности аутор при-

казује кроз четири генерације, које означавају промене у овој материји, не приближавајући је уопште јединственом уређењу. Прописи се множе, али без органске везе, и несистематски: од случаја до случаја разликују се претпоставке одговорности, границе одговорности, разлози искључивања одговорности постојање или непостојање лимита, максималног износа накнаде, а да тим међусобним разликама нема оправдања. Зато је нетачна и тврдња, којом се брани енумеративни принцип да једино казуистички одређени случајеви објективне одговорности пружају потребну извесност о условима одговорности. Аутор наглашава да енумеративни метод, чак и када се примењује са много више ажурности него у Немачкој, увек већ по својој природи нужно остаје иза техничког развоја. Тај недостатак (одсуство заштите при појави нових опасности изазваних техничким развојем) осетио се не само зато што је законодавац каснио, већ и зато што је пракса са своје стране упорно одбијала да на те случајеве аналогно примени постојеће прописе. Врховни суд се херметички затворио спрам сваке аналогije. Није био спреман да на подручју објективне одговорности учини оно што је учињено већ одавно на подручју субјективне: да пређе пут од енумеративног метода до метода генералне клаузуле. Но будући да се пракса није могла оглушити о потребе живота, а да је упорно заступала став о забрани аналогije, ширила је подручје објективне одговорности стварањем прикривених случајева те одговорности. Формирала је низ случајева такве одговорности под плаштом субјективне одговорности: тако, постављала је толико претеране захтеве у погледу понашања туженог, да је туженом готово немогуће било да буде пажљив, па је готово увек одговарао због непажње; затим, реализовала је идеју да оштећени мора да трпи штету, али има право на накнаду због жртве коју чини; надаље, олакшавајући оштећеном положај тако што је олако узимала да су остварени поједини елементи, потребни за обавезу накнаде штете, растерећивала га је или му ублажавала терет доказа (примена *prima facie* доказа); потом, обрнула је терет доказа о постојању кривице. И ови, у ствари прикривени облици објективне одговорности, бујали су без међусобне везе, не творећи органску целину, а праћени неправданим међусобним разликама. Због тога је сразмерно мали практични значај и оних прописа о објективној одговорности, који постоје: странке ретко заснивају одштетне захтеве на њима, а много чешће на субјективној одговорности, постижући на тај начин жељени циљ. Правна наука није имала никакав утицај на сав тај развој. Све до II светског рата, у име правне сигурности, подржавала је праксу и одбијала аналогну примену. Један од њених аргумена-

та био је и тај да не постоји чврста и јасна гаранција између опасне и неопасне ствари, па да је једино законодавац позван да о њој одлучи. Упорно је устрајала и у томе да је у природи објективне одговорности да представља изузетак, а да се изузети не смеју проширивати анлогијом. Критиковала је, мање или више, кријумчарење објективне одговорности у облику субјективне као начин да се оштећеном пружи заштита, а одобравала је резултат — пружање заштите. Било је и усамљених гласова да је постојећа ситуација добра. Од 60. тих година заговара се у литератури аналогна примена.

Након што је тако приказао постојеће стање и предисторију немачког решења, аутор *de lege ferenda* (о чему читамо у глави VIII, с. 243-284) није ни за то да се решење тражи у пракси, аналогном применом постојећих казуистичких прописа, нити за то да се настави са еnumerативним законодавним методом, него је за увођење генералне клаузуле. Не прихвата тврдњу да би увођење генералне клаузуле било погрешан потез већ зато што би се тиме прекинуло са устаљеним стилем правничког рада у Немачкој. Нетачност тврдње да је еnumerативна метода својствена немачком правном кругу, показује наводећи примере да је пракса у неким областима, па управо и у области одштетног права, пробила казуистичка ограничења, уводећи генералну клаузулу. Први предлог да се у Немачкој генералном клаузулом уреди објективна одговорност за штете из извора повишене опасности старији је од стотину година, а најближи је био остварењу у времену када је била планирана опсежна ревизија грађанског права (1938.). Почев од времена када је у Нацрту закона о изменама и допунама прописа Грађанског законика о накнади штете (објављен 1967., израђен деценију раније) кулминирало опредељење за еnumerативни начин, и баш као опозиција том опредељењу, све су бројнији и гласнији заступници генералне клаузуле. Средњим, компромисним путем кретао се предлог да се озаконе само неспорни случајеви објективне одговорности, а даљи развој да тече аналогном применом с тим прописима. Аутор наводи све до сада предложене формације генералне клаузуле (међусобно различите како у погледу дефинисања повишене опасности, тако и у погледу обима одговорности, максимирања износа накнаде, разлога искључења одговорности), приказујући њихове недостатке. Сматра неадекватним да се одговорност везује уз појмове „опасне снага“, „опасна ствар“, „опасно предузетништво“, „опасни уређај“, „постројење“ и „опасна делатност“ (који се јавља и у низу иностраних права — СССР, САД, Италија, Етиопија, ДДР). Једнако погрешним оцењује то што се (неретко, па и у нас у 300) заједно употребљавају изрази „опасна ствар“ и опасна

делатност", и што се, схваћени као синоними, у употреби замењују. Определује се за то да се оба елемента (опасна ствар и опасна делатност) обухвате једним вишим појмом — „извор опасности” (изразом који има одређену традицију у немачкој правној терминологији, не у законској). Њеме би се избегли непотребни спорови оног типа: да ли је нпр. мотор опасна ствар или је његова употреба опасна делатност. Обједињавање је умесно јер тешко да се било која делатност обавља без употребе неке ствари, и да било која ствар изазива штету без икакве људске делатности. Будући да се не би свака штета, настала из неког извора опасности, нажнаћивала по систему објективне одговорности, потребно сужење постиже се додавањем придева извор „повишене” опасности. Употреба тог придева, сматра, не атакује на правну сигурност верујући да би и немачка пракса формирала типичне групе случајева повишене опасности, указује при томе на упоредноправно искуство. Наиме, уопште није спорно да су извори повишене опасности по среди онда када опасност надилази просечну опасност, када је тако неуобичајена или тешко савладива, а штета тако учестала или висока, да се употреба извора опасности може допустити само уз обештећење евентуалне жртве. Формирајући тако елементе за генералну клаузулу, аутор ипак (у закључку, с. 327) не предлаже, због правно-политичких разлога, да се укину постојећи бројни прописи за посебне случајеве, и да се на њихово место постави само генерална клаузула. Сматра да такав предлог не би имао изгледа на успех, с обзиром на велики законодавни ангажман којег изискује. Зато предлаже генералну клаузулу само као супсидијерну (са формулацијом коју сам навео напред).

2. Определивши се тако у погледу дилеме: еnumerативни метод или метод генералне клаузуле, аутор се окреће проблему више силе (глава IX, с. 285-304). У упоредноправној законодавној традицији учвршћен је став да се само по себи разуме да виша сила искључује објективну одговорност. (што се тиче поредака који су приказани, није тако једино у Мексику). У немачкој литератури данас се сматра да виша сила искључује објективну одговорност, а у швајцарској, да то решење треба напустити. У немачкој пракси изузетно је мало случајева ослобођења од одговорности из тог разлога, а у швајцарској пракси, за последњих сто година није забележен ни један. Аутор сматра да је излишно у генералној клаузули наводити вишу силу као разлог искључења одговорности. Историјском и компаративном методом показује да је практична корисност тог појма у обрнутој сразмери са његовом теоријском проблематичношћу. У Немачкој је већ у прошлом веку тај појам критикован као неподесан да буде разлог искључења одговорности. Ње-

гова проблематичност јасно се испољила у сукобу субјективне концепције (која је историјски старија) и објективне концепције више силе (настала као реакција на субјективну). Објективна концепција указивала је на несигурност која прати субјективну концепцију, будући да ова отвара сувише простора суђењу по правичности. Средње, компромисно становиште презуло је од објективног учења обележје спољног порекла догађаја, а од субјективног, обележје неотклоњивости. Пракса је почетком века прешла са субјективног на објективно становиште, али је појму више силе додала и нова обележја (да се ради о догађају који није чест, који је неуобичајен, тако да се због тога није могао предвидети). Но и ово је решење критиковано, јер мањка било какав критеријум за одређивање учествовати. Неодређеност тако одређеног појма више силе аутор показује на примерима из праксе. Критика, усмерена на одбацавање више силе, да би поострила објективну одговорност, настојала је да вишу силу замени неотклоњивим догађајем као блажим појмом. Није успела. И тај појам ствара тумачу сличне проблеме као појам више силе, а судови и овде, као и код више силе, настоје да рестриктивним тумачењем отежају ослобађање од одговорности. Испитујући однос више силе и узрочне везе, аутор закључује да што је опасност већа, то је мања могућност за садејство више силе. Код изразитих опасности (попут атомске енергије), приближава се нули. Пошто су тако виша сила и повишена опасност у комплементарном односу, нема потребе да прописи изричито говоре о вишој сили. Екстремно ретко се може догодити да заједно постоје повишена опасност и виша сила. Аутор зато закључује да виша сила у правничкој свести заузима више места него што то одговара правној стварности.

3. Аутор сматра непримереним и да се одреди максималан износ, до кога се одговара за штете, настале из извора повишене опасности (чиме се бави у глави X, с. 305-326). Лимитирање одговорности нити је природено суштини објективне одговорности, нити је сврсисходно. Тезу да објективна одговорност нужно, по својој природи мора бити лимитирана, аутор побија наводећи следеће: дуго, деценијама пошто је уведена, објективна одговорност уопште није била лимитирана, а када је лимит уведен, учињено је то из посебних разлога; затим, указује да постоје како случајеви објективне одговорности без лимита, тако и случајеви лимитиране субјективне одговорности; критикује, потом, и одбацује разлоге којима се лимит оправдава (став да се лимитирањем компензира то што лице одговара иако није криво, дакле да правичност захтева лимит; став да једино лимитирање пружа извесност лицима у погледу ризика које за

њих може да представља предузимање одређене делатности; став да су опасне делатности у интересу свих људи, па и оштећеног, те овај зато треба да сноси део штете, што се управо постиже лимитирањем; став да без лимитирања не би била могућа ни функција осигурања). Као што дакле није иманентно објективној одговорности, тако лимитирање није ни сврсисходно: лимит најчешће није постављен довољно високо, па у пракси, када штета надилази лимитирани износ, пребацује се активност странака на доказивање кривице или подељене одговорности; лимитирање изискује стални рад законодавца на прилагођавању (повећавању) суме промењеним приликама (инфлацији): лимитирање није у складу са системом генералне клаузуле — исти лимит треба да важи за врло различите изворе опасности, па и оне непознате, који ће се тек појавити.

4. Аутор ипак сматра да је и практично и теоријски тешко оправдати објективну одговорност за штете из извора повишене опасности, која не би била ни на који начин ограничена, па се зато (у истој, X глави, с. 322 и д.) залаже за једну општу клаузулу о редуковању одговорности из разлога правичности (заједничку и за субјективну и за објективну одговорност). Свестан је да таква редукциона клаузула повлачи одређену правну несигурност, поготово што је спорно које елементе узети у обзир при смањивању износа накнаде. Ипак, у поређењу са унапред максимираним износом накнаде, ова редукциона клаузула мање је зло, а добра искуства с њом, нарочито у швајцарској пракси, охрабрују на исто решење у Немачкој.

Приказао сам само основне правце ауторовог интересовања. Рад међутим нуди упоредноправним сладокусцима обиље интересантних детаља. Упоредноправни домен, којег је аутор подвргао испитивању толики је да се мора истаћи да оно што је он успео да учини сам, обично је резултат тимског рада. Исто важи и у погледу мере у којој је проникао у сваки од слојева правног живота (законодавство, праксу, теорију). Примењујући упоредну методу, аутор не преузима механички неку од солуција из упоредног права, већ, како и сам истиче на више места, не очекује од упоредне методе решење, него пре разјашњење, боље уочавање проблема, изоштравање свести о њему, као и преглед могућих решења. Своје одређење увек исцрпно образлаже.

За читаоца у нашој земљи књига представља ризницу упоредноправних података, какву наша специјализована литература из области одштетног права не садржи, а с друге стране ризницу проблема, међу којима многи нису уопште били уочени и расправљани у нас. Што се тиче Немачке, мада није прва монографија о објективној одговорности у тамошњој литера-

тури, књига има више изгледа него друге и да буде запажена, и да изврши утицај (што донекле показује већ уследеле рецензије). За Немачку је најме, књига од додатног интереса, будући да се појавила у време када је у току рад на ревизији облигационоправних одредаба Грађанског законика, а материја објективне одговорности, којом се књига бави, једна је од оних које ће сигурно бити ревидиране.

Ваља нагласити да се књига чита с интересовањем и зато што је писана полетно, живим и богатим језиком, а ипак без штете по прецизност мисли. Не само због заступаних ставова, него и због начина како су презентовани, књига никога не може оставити равнодушним.

Владимир В. Водинелић

Др Душан Јаковљевић: РЕХАБИЛИТАЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ, изд. „Научна књига”, Београд, 1981, стр. 240.

У издању „Научне књиге” (Београд, 1981.) појавила се монографија др Душана Јаковљевића, доцента Правног факултета у Београду, под називом *Рехабилитација у кривичном праву*. Реч је о делу које на плану југословенске теорије кривичног права представља интересантан и значајан подухват. Интересатан по самој природи теме коју обрађује, али и по начину обраде и аспектима са којих аутор осветљава овај институт кривичног права. Значајан због тога што је пред нама књига у којој је аутор успео да оствари настојање да читаоцима омогући увид у историју, теорију, упоредно и југословенско кривично право о рехабилитацији, институту за који изванредно лепо каже да га је изнела нада и вера кривичног закона у способности поправке и моралног преображаја, уздизања после пада.

Рад обухвата, поред увода, и четири дела, у којима су, у оквиру дванаест глава, систематски и детаљно изложена сва питања везана за рехабилитацију. Тиме нам аутор омогућава не само увид у општу проблематику, него и потпуно сагледавање свих питања која осветљавају овај институт.

Делови ове студије носе следеће називе: Део први — Историјско-правни развој рехабилитације, Део други — Актуелна теорија рехабилитације, Део трећи — Рехабилитација у савременом упоредном праву, Део четврти — Рехабилитација у праву Југославије.

Први део послужио је аутору да нас уведе у историјски процес развоја рехабилитације и тиме потврди став да, као и кривично право у целини, тако и овај институт, није творевина једне епохе или нације нити је од самога почетка имао исту садржај, већ се јавио на одређеном ступњу развоја кривичног права и имао своју еволуцију у складу са општим развојним путем кривичног права који чини кретање ка рационалним и хуманим схватањима. У оквиру три главе обрађено је раз-

добље до Француске буржоаске револуције, затим развој рехабилитације од Француске буржоаске револуције у Француској и низу других земаља у XVIII и XIX веку, да би у трећој глави аутор дао општу скицу историјско-правног развоја рехабилитације.

У оквиру прве главе аутор анализира институт рехабилитације у античком грчком праву и римском праву, док се за период феудалних држава задржава на француском и аустријском праву тога доба.

Обрађујући период робовласничких држава, др Д. Јаковљевић указује на тешкоће које се јављају у проучавању кривичног права у целини, па тиме и његових појединих института, које су везане, пре свега, за чињеницу да из тако давне прошлости недостају довољно поуздани и аутентични споменици на којима би се базирала изучавања. За период античке Грчке аутор подвлачи један Солонов закон и атински закон непознатог аутора, у којима се помиње монгућност рехабилитације појединих осуђеника обележених инфамијом. Анализирајући ове одредбе аутор закључује да ту пре може бити говора о амнестији или помиловању него о рехабилитацији. Када је реч о истраживању рехабилитације у римском праву, истакнут је значај података које пружају текстови Јустинијанових *Дигеста*, *Закона XII таблица* и закона под називом *De sententiam passis et restitutis*. Отклањање инфамије и неспособности постигано је путем установе *restitutio in integrum* која није представљала једно законско право тачно прецизирано, већ, како се наводи, манифестацију милости која је долазила било од стране народа окупљеног у своје скупштине, или императора. При томе се аутор слаже са оним схватањима према којима су мотиви били, пре свега, политичке природе, а ребе су произишле из сажаљења и човечности. Говорећи о примени установе *restitutio in integrum* у доба републике, др Јаковљевић наводи да се она пре може довести у везу са помиловањем или амнестијом, док се за доба Империје може говорити о одређеној врсти рехабилитације.

Анализирајући период феудалних држава, аутор истиче да је рехабилитација у облику *restitutio in integrum*, рецесија римског права, донета и у средњовековно кривично право, док правни споменици из последње фазе феудалног периода дају слику о трансформацији овога института. Право феудално-апсолутистичких држава Француске и Аустрије познаје рехабилитацију у форми писама повраћаја („*lettres rehabilitation*” и „*gemeine Ehrlichmachung*”) путем којих је владар на основу свога сувереног права милости са осуђенога скидао инфамију и неспособности.

За француско право веома је значајна „Ordonnance criminelle” од августа 1670 г. у којој се помињу и „lettres rehabilitation” за које се наводи да су представљала писма којима је краљ враћао осуђеном његову част и добар глас. У закључку овога излагања наводи се да је рехабилитација у Француској овога периода представљала акт краљеве милости.

За развој рехабилитације у аустријском праву др Д. Јаковљевић истиче значај Constitutio criminalis Theresiana из 1768. г. Сурове осуде које су карактеристичне и за аустријско право ублажаване су могућношћу коришћења права милости. Терезијана је предвиђала два начина гашења бешчасних, инфамантних последица осуде. Један, путем општег повраћаја грађанских права, други путем почасних писама. Излажући карактеристике оба ова начина аутор указује и на дилеме да ли је ту уопште и реч о рехабилитацији и износи став да, без обзира на различита схватања, Терезијана познаје одређену врсту рехабилитације. Као значајно подвлачи да је општи повраћај права независан од милости императора, већ је у надлежности суда. То су корени будуће судске рехабилитације.

Друга глава (Развој рехабилитације од Француске буржоаске револуције у Француској и другим земљама у XVIII и XIX веку) послужила је аутору да укаже на настанак једног квалитативно новог модела рехабилитације у француском кривичном праву, што је било условљено снажним напретком науке после револуције. Овај модел је усвојен од већег броја европских земаља па је и разумљиво да је аутор најпре изложио рехабилитацију у Француском праву овога периода, а затим се задржао на карактеристикама овога института у кривичним правима низа европских земаља.

У почетку излагања о рехабилитацији у француском кривичном праву овога периода подвлаче се промене у односу на дотадашње стање, а затим указује и на основе карактеристике новог модела рехабилитације. Тако се упознајемо са следећим значајним чињеницама. Укидајући рехабилитацију путем краљеве милости, револуционарна власт није укинула и могућност остварења њених хуманих циљева. Она је прецизно одредила услове и поступак за добијање, уобличио њену садржину у један систематизован законски институт, чиме је рехабилитација добила и нови облик и нови карактер, како то подвлачи аутор. Даља излагања указују да развој овога института није ишао праволинијски, да је ч извесним периодима било враћања и на нека стара решења. Излажући особености рехабилитације према КЗ из 1791. г. аутор подвлачи и низ негативних момената који су пре свега везани за процедуру.

Аутор посебно наглашава да су за даљи развој института рехабилитације велики значај имале идеје прокуратора *Von-paville de Marsenqua* које су се односиле на систем евиденције кривичних осуда, а затим и законодавна активност сенатора *R. Berganger*-а која је резутирала доношењем Закона о условној осуди, патронажи и рехабилитацији, од 14. августа 1885. г.

Преображај који овај институт доживљава манифестовао се у томе што је рехабилитација добила један нови карактер. Доста простора посвећено је карактеру, дејству и условима за добијање рехабилитације према законским одредбама поменутог Закона из 1885. г.

Аутор даље излаже да се законодавна активност сенатора *P. Берангер*-а није зауставила и да је он творац Закона о условној осуди из 1891. г. који је, када је реч о рехабилитацији, значајан као акт којим је уведена законска рехабилитација. Тиме су реализоване Берангер-ове идеје о увођењу паралелно са судском, једног новог вида рехабилитације, која би наступала аутоматски, протеком одређеног времена, чиме би се избегле све негативности које је по природи ствари повлачила судска рехабилитација (поступак државног тужиоца и полицијских органа а тиме и неминовност јавности у поступку рехабилитације).

У даљем излагању др Јаковљевић се задржава на историјско-правном развоју института рехабилитације у појединим европским земљама, наглашавајући велики утицај француског права. При томе се не задовољава само констатацијом сличности или пак особености у правним системима које анализира, већ даје исцрпан преглед и једног и другог, указујући истовремено и на значајније законодавне акте, на процедуру, дејство и услове за добијање рехабилитације. Тиме омогућава потпуни увид у садржину овога института у европским законодавствима овога периода.

У Трећој глави (Општа скица историјско-правног развоја рехабилитације) аутор указује на историјско-правни континуитет у развоју института рехабилитације почев од права робовласничких држава па даље.

Део други носи наслов Актуална теорија рехабилитације, и обухвата две главе (четврту и пету). Глава четврта послужила је аутору да укаже које су све могуће полазне основе за дефинисање појма рехабилитације, њену класификацију, одређивање правне природе овога института, као и на различите ставове око одређивања услова за рехабилитацију.

Доста простора аутор је посветио кривично-правном појму рехабилитације, при чему нас упознаје са читавим спектром схватања кривично-правног садржаја рехабилитације, већим бројем дефиниција овога института, а ради лакшег сагледавања,

најпре износи старије, затим новије и најзад, најновије дефиниције рехабилитације. При томе нам указује на уопштеност и непрецизност појединих од њих као и на оне које су, одређујући појам овога института обухватиле обе могуће форме, законску и судску рехабилитацију. Аутор у оквиру поднаслови, Дефинитивно успостављање појма рехабилитације, закључује да се из изложене литературе о појму рехабилитације могу уочити различити погледи о овоме питању. То је, по његовом мишљењу, резултат различитих приступа приликом покушаја дефинисања. Код појединих теоретичара запажа се тежња да се овој проблематици приступи са гледишта њених формално-правних елемената, док су други полазили од циљева које рехабилитација треба да оствари. Један део писаца настојао је да проблем обухвати како са аспекта форме тако и садржине. Закључујући ово излагање и указујући да се потпуни појам рехабилитације може одредити укључивањем и формалних и материјалних елемената у њиховом јединству и међусобној условљености, др Д. Јаковљевић даје једну такву дефиницију која је синтеза оба ова елемента.

У оквиру овога поглавља аутор се бави и проблематиком класификације рехабилитације. Указује на могуће критеријуме и сходно њима и поједине облике рехабилитације. Пре свега, подвлачи поделу на кривичну и ванкривичне рехабилитације, узимајући за основ критеријум: да ли се чином рехабилитације укидају неспособности директно проишле из кривичног права или не. Затим, полазећи од ових општих класификационих јединица, излаже поједине могуће облике унутра њих, разрађујући и даље конкретизујући критеријуме ових класификација.

Један од значајних проблема који је обрађен у четвртном поглављу јесте правна природа рехабилитације и место овога института у систему кривичног права. Два су централна проблема на које нам др Јаковљевић указује. Први, да ли рехабилитација раба једно право, или је она мера милосрђа казнене правде, или представља нужан додатак данашњим пенитенцијарним системима. Други, да ли је рехабилитација по својој суштини установа кривичног (материјалног) права, или процесног права. Маркирајући ове проблеме излаже поједина мишљења о правној природи рехабилитације указујући на заступљеност појединих ставова у теорији и законодавству. На крају износи своје опредељење које је на линији оних ставова, у теорији претежнијих, по којима је рехабилитација право осуђеног лица које обухвата овлашћења покретања поступка да се подвргне решавању његов захтев за рехабилитацију, фундиран његовим положајем да се налази у условима које закон тражи за стицање рехабилитације.

Истичући дилему-материјална или процесна природа рехабилитације, аутор истиче да је данас углавном напуштена стара концепција која о рехабилитацији говори углавном у оквирима кривичног поступка. Савремена кривична законодавства (и најновије југословенско законодавство у овој области) уносе прописе о рехабилитацији у кривичне законе, а само начин и процедуру регулишу у законима о кривичном поступку.

Уочавајући сродност рехабилитације са једним бројем кривично-правних института аутор указује које су основне разлике међу њима. Такође, упознаје нас и са значајнијим међународним скуповима на којима је овај институт био предмет пажње. Из овога излагања можемо да уочимо која су се питања сматрала као спорна и које су тенденције преовладавале у појединим дискусијама о неким аспектима рехабилитације.

Последње поглавље четврте главе посвећено је условима за стицање рехабилитације. Констатујући да сва законодавства која познају овај институт условљавају његову примену испуњењем одређених претпоставки услова, аутор указује да се, када је реч о њиховој строгости, не сме претеривати. Залаже се за преовладавање једне разумне криминалне политике у овоме погледу, како одређена „претеривања” не би произвела супротне ефекте. Такође, напомиње, да се један број услова јавља у готово свим кривичним законодавствима.

Издајући понаособ ове услове (услов извршења казне, проток рока кушње, поправљање, гашење новчаних обавеза, услов боравка или резиденције итд.) аутор им приступа аналитички, уз навођење извесних дилема и неслагања у теорији о појединим питањима па и о потреби присуства у законима неких од побројаних услова.

Први део пете главе послужио је да се, општа излагања о рехабилитацији употпуне проучавањем подручја њене примене. У овом делу обрађена су два питања: Домен примене рехабилитације у односу на субјект и Домен примене рехабилитације у односу на објект.

У оквиру првога питања које се бави субјектима (осуђеницима) које рехабилитација има у виду, аутор разматра три значајне чињенице: природу осуде, кривично-правни положај осуђеника и држављанство осуђеника.

У оквиру другог питања бави се одређивањем појма објекта рехабилитације (природом настанка објекта рехабилитације, садржином објекта рехабилитације).

Други део пете главе обухвата излагања о облицима, системима рехабилитације. Аутор указује да присуство различитих система потиче од различитог пута стицања рехабилитације и ауторитета власти у одређеном друштву — држави која се пос-

тавља као давалац ове бенефиције осуђенику. Тако се као основни системи појављују: систем милости, судски систем, законски или правни систем и компаративни или мешовити систем.

У трећем делу пете главе (Дејства рехабилитације) др Д. Јаковљевић је обрадио неколико значајних питања везаних за сложену проблематику рехабилитације. То су питања последице рехабилитације, њена неретроактивност, недељивост и карактер дејства рехабилитације. Овом проблематиком заокружена су излагања о суштинским питањима овога института, да би се даље аутор концентрисао на проучавање рехабилитације у савременим законодавствима и правима, односно, у праву Југославије.

У трећем делу књиге др Д. Јаковљевић је себи ставио у задатак да испита правила рехабилитације у савременом упоредном праву и законодавству. Неминовност селекције код овако поствђеног задатка (с обзиром на чињеницу да готово сва савремена права познају институт рехабилитације) наметнула је потребу да се приступи избору правних система у оквиру којих ће се вршити истраживања. При томе се др Јаковљевић руководи тежњом да прикаже системе који су од посебне користи за сагледавање овога института, укључујући законодавства како буржоаских и социјалистичких земаља, тако и неразвијених, земаља у развоју, сврстаних и несврстаних. Даљи ауторов методолошки приступ у овоме делу огледа се у груписању појединих националних законодавстава. При томе, основни критеријум од кога полази јесте пут стицања и ауторитет који допушта рехабилитацију. На основу оваквог приступа, пет поглавља у оквиру којих се одвија излагање у трећем делу књиге, носе следеће називе: глава VI—Судски облик, глава VII—Законски облик, глава VIII—Облик милости, глава IX—Мешовити облик, глава X—Земље са више једновремено уведених облика.

Значајан квалитет дела не само у погледу методологије излагања, јесте систематичност у презентирању појединих облика рехабилитације. Сваки од њих аутор приказује кроз већи број националних законодавстава, обрађујући материју у оквиру следећих јединица: општа излагања, објект рехабилитације, услови рехабилитације, дејства рехабилитације. При томе то није просто сликање стања у појединим правима, већ аутор у потпуности успева у својој намери да створи могућност упоређивања карактера рехабилитације између законодавстава.

Након обраде низа релевантних питања института рехабилитације као и обимног излагања о стању у савременим зако-

нодавствима и правима, др Д. Јаковљевић је у последњем, четвртном делу књиге обрадио рехабилитацију у праву Југославије. При томе, први део је посвећен стању у некадашњем праву Југославије, други, рехабилитацији у важећем праву СФРЈ. Веома је значајно ауторово истраживање које нас упознаје да се одредбе о рехабилитацији (у питању је судски облик) први пут у актима које доноси нова власт срећу у „Упутствима за рад судова у казним стварима” од 16. XI 1944. год. који је донео Одјел за правосуђе ЗАВНОХ-а. Већ КЗ Општи део из 1947. г. предвиђа и судски и законски облик рехабилитације. Указујући на даљи ток еволуције овога института, аутор подвлачи значај КЗ из 1951. г. који даје савршену решења у односу на раније одредбе. Сасвим ново решење доноси *Закон о изменама и допунама КЗ* донет 1959. г. Аутор наводи значајне идеје на којима се оснивала ова реформа. При томе, истиче да у спровођењу тих идеја *Новела* из 1959. уређује материју рехабилитације тако што раздваја рехабилитацију и брисање осуда у склопу чега је рехабилитација попримила другачији смисао од онога који је до тада имала.

Највећи простор у овоме делу књиге аутор поклања рехабилитацији у важећем праву СФРЈ. Материја је изложена у оквирима три поглавља: Општа излагања, Материјално право, Поступак рехабилитације.

Констатујући чињеницу да наше кривично законодавство познаје три облика рехабилитације, судску, законску и рехабилитацију из милости, др Д. Јаковљевић веома систематично разрађује сва важна питања везана за поједине облике рехабилитације. Из овога излагања може се извести закључак да су у одредбе о рехабилитацији у кривичном праву СФРЈ инкорпориране савремене идеје и схватања овога института.

На крају, желимо да нагласимо да је реч о институту који иницира читав низ питања која превазилазе оквире кривичног права, што је аутор умео да осети а на појединим местима и нагласи. Сматрамо квалитетом рада присутну тежњу да се увек изложи свој став и суд тамо где се погледи сучељавају. Приликом анализе неких питања дат је читав спектар теоријских ставова и решења, а опредељујући се за поједине од њих др Д. Јаковљевић чини то уз навођење потребних аргумената.

Сматрамо да је аутор успео у настојању да овом књигом обогати област која у нас није довољно обрађивана и тиме допринесе развоју научне мисли у области рехабилитације осуђених лица.

мр Љиљана Дороњски

Christian Joerges, VERBRAUCHERSCHUTZ ALS RECHTSPROBLEM. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg 1981. p. 151

Пишчева тежња је двострука. Он најпре жели да изложи систематски проблем учења о потрошачком праву, а затим да дејство и домашај норми тога права изложи на посебним примерима. Немачки Грађански законик је заснован на учењу о једнакости странака у уговорном односу и не познаје начело заштите потрошача. У немачкој правној мисли постоји неслагање о томе да ли се поред приватног права садржаног у Грађанском законик у може говорити о посебним приватно-правним гранама, које су уређене посебним законима или се у случају посебног законодавства увек ради само о изузетку у односу на Грађански законик? Изузетака је све више и није мали број оних писаца који су склонили да у њима виде нове правне гране, а међу овима и потрошачко право. Писац ће углавном дискутовати са двојицом аутора. То су Фон Хипл и Рајфнер. Обојица су присталице издавања потрошачког права у засебну грану. Међутим, њихови методски приступи и закључци се разликују. Фон Хипл сматра да се у једно опште учење могу уобличити све норме које чине „систем заштите потрошача“. У томе систему Фон Хипл, аналогно класичном грађанском праву, издаваја општи и посебни део. У општи део потрошачког права спадала би питања о обезбеђењу производа, нелојалној утакмици, затим о општим условима правних послова, надзирању цена и остваривању права. Оваквом Фон Хипловом одређењу општег дела потрошачког права, које почива на излагању питања која су „од општег значаја за потрошаче“, писац ће замерити недостатак начела и методских правила која би заштиту потрошача омећила као посебну правну област. Писац ће и Фон Хиплов посебни део потрошачког права подвргнути критици. Он подсећа да посебни део обвезног права, по Немачком грађанском законик у, се састоји из мноштва важнијих уговора, који нису системат-

ски изложени. Писац уопште замера Фон Хиплу да његова схватања више говоре о задатку потрошачког права него што га суштински одређују. Док Фон Хипл полази од потрошачке политике коју узима за основу своје систематике, докле Рајфнер у потрошачком праву види супротност приватном. Он за извориште узима Марксове ставове. Он сматра да је покушај да се сукоб произвођача и потрошача укључи у класични грађанско-правни систем осуђен на пропаст. Рајфнерово мишљење се у основи супротставља владајућем, јер бранећи учење о потрошачком праву као о посебном приватном праву, он не тежи његовом поновном укључивању у традиционално грађанско право. Његов циљ је, напротив, универзализација потрошачког проблема. Писац ће Рајфнеру замерити да се његово учење тиче ширих друштвених питања која се уопште не могу свести на потрошачко право. Исто тако, писац остаје скептичан и према идеји да друштвени развитак стреми остварењу друштвене правде, као и према механичкој корелацији процеса социјализације и могућности његовог правног уобличења.

Писац ће, вазда расправљајући са Рајфнером и Фон Хиплом, изложити и проблем организовања заштите потрошача. Поменути аутори су и овде антиподи. Фон Хиплова размишљања се крећу од идеје о побољшању појединачне заштите потрошача ка стварању једне средишње власти чији би задатак била потрошачка заштита. Рајфнер међутим, тежи колективној заштити потрошача. Он сматра да структурни образац колективне самоодбране пружа традиција радничког покрета. Писац ће Рајфнеру замерити да таква аналогија није сама по себи разумљива.

У завршном осврту на досадашње стање учења о потрошачком праву, писац истиче да класично грађанско право превиђа проблем потрошње и асиметричност односа произвођач — потрошач. Писац сматра да је, уколико се ово прихвати као чињеница, потребан прелаз од формалног решавања проблема ка установљавању потрошачког права. Ово се пак, не може свести на противречност између потрошачког и приватног права, већ представља дуготрајан процес. Зато, по пишевом мишљењу, тешкоће да се потрошачко право укључи у грађанско-правни систем или да се представи као његова супротност, указују на постојање развојног процеса.

У покушају да прикаже дејство норми потрошачког права које је у настајању, писац ће обратити пажњу на неколико ситуација у којима је заштита потрошача неопходна. Међу овима се по занимљивој структури односа странака и теоретској дискусији издваја случај финансиране куповине, код које купац узима зајам од банке да би од продавца купио неко доб-

ро, по правилу веће вредности. Један од проблема у таквој послу представља питање заштите купца који је већ исплатио неколико оборчних отплата банци, уколико његов уговор са продавцем буде оглашен ништавим. Писац ће ово питање разматрати на основу нацрта немачког Закона о финансираним правним пословима и посредничким уговорима. Нацрт предвиђа саодговорност финансијера за купчеве захтеве према продавцу. Писац је мишљења да у пословима финансираним од трећих купаца не треба да буде у лошијем положају него што би био да га кредитира сам продавац. Потрошач, по пишевом суду, мора бити заштићен од раздвајања продајних и кредитних функција, као и од недостатака правног посла између продавца и банке — финансијера. Посебно су, међутим, занимљива схватања која о финансираној куповини постоје у правној науци. Тако, Фон Маршал мисли да се ради о јединственом правном послу у ширем смислу речи. Фолкомер сматра да је то уговор *sui generis* по обрасцу *do ut des ut det*. Ларенц је мишљења да је то типска куповина на отплату са чиниоцима зајма и куповине. За Есера је од суштинског значаја чињеница да ништавост или побијање уговора о купопродаји чине зајам беспредметним. Сва ова мишљења се, по писцу, одликују тиме што теже да превазиђу подвојеност послова зајма и продаје, покушавајући при томе да између њих уопоставе правно јединство на основу њихове привредне повезаности. Писци се при таквој покушају служе нормама Грађанског законика и уобичајеним догматским фигурама. Модерније је Гернхуберово мишљење које поставља учење о финалном нексусу и полази од релативности обвезних односа. Оно је блиско Грундлаховим ставовима, који се заснивају на повезивању продаје и зајма кроз признавање циља финансирања за основ уговора. Рајфнер пак, пориче традиционалној догматици грађанског права могућност да у своје конструкције уклопи посао финансиране куповине. Он поставља учење о тзв. *causa consumendi*. По њему је зајмодавац обвезан да одржавањем куповне моћи омогући један процес појединачне потрошње. Циљ потрошње међутим, као друштвене функције кредитног односа, не састоји у пољу диспозиције странака. Писац ће у закључку изнети мишљење да код финансиране куповине углавном постоји сагласност о потреби заштите потрошачког интереса, као и о подели ризика између банке и трговца. Маргинални раст зајмодавчевих обвеза је могућ све док покривање ризика као трошковни чинилац не измакне образовању цене и буде пребачено на потрошаче уопште, што ни привредно ни друштвено није оправдано. То је по писцу суштина чија је последица свако догматско решење.

Пишчеви закључци о савременом стању заштите потрошача полазе од става да управо указивање на спорне тачке учења о потрошачком праву доприноси његовом развоју. Он сматра да се потреба за посебним мерама потрошачког права јавља утолико више уколико се учење о привредној утакмици удаљује од основне мисли о суверености потрошача. Писац ће истаћи да не постоји учење о потрошачком праву које би по класичном обрасцу привредне законитости преображавало у законе, као што ни правна догматика не може у овој области дати путоказ за практично правничко делање. Зато је потребно да законодавац, правосудје, управа и заинтересовани буду учесници процеса стварања права. Међутим, у мери у којој организовани интереси утичу на законодавчево дело и уколико се политички систем ослања на њихову сарадњу, нараста опасност да новине потрошачког права буду симболичног значаја или да, стратегијски посматрано, буду супротстављене начелу привредне утакмице и злоупотребљене у циљу очувања старих структура.

Драгољуб М. Поповић

Wolfgang Schuhmacher, VERBRAUCHER UND RECHT IN HISTORISCHE SICHT WIEN 1981. Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei p. 135

Писац је књигу поделио у седам неједнаких делова. Највише простора је дато излагању о деветнаестом веку и времену пре Првог светског рата, које Шумахер сматра преломним у развоју потрошачке заштите у Аустрији. Претходне главе су посвећене развоју градова, почетку масовне производње у њима и постанку цехова. Основни циљ цеховског удруживања било је обезбеђење положаја на тржишту поједином мајстору. Та удружења су, међутим, посредно пружала заштиту и потрошачима, будући да су надзирала квалитет робе, дозвољавала својим члановима само наплату правичне цене, рачунате према производним трошковима, а забрањивала су препродају и рад накупаца.

Почев од 16. века шире се у немачким земљама мануфактуре, које погоршавају положај потрошача. Да би се овима пружила заштита предузет је низ мера, од којих су се само неке показале успешним. Држава позног средњег века је уложила напор да на тржишту обезбеди квалитет производа, затим да максимира цене најважнијих добара, као и да управним мерама спречи накупце да повећавају цене робе. Развитак капитализма је условио продор схватања о слободи занимања и привредној утакмици. Писац ће истаћи да су обе ове установе допринеле заштити потрошача у позном средњем веку. Важније измене прописа о занатима су у Аустрији почеле 1689. г. Тај процес је настављен и 1706. г. је *Renovatio privilegiorum* дозволила и земљораднику да постане занатлија. Цеховско удруживање је престало да буде обавезно и у Бечу је 1734. г. од укупно 7809 мајстора, само 2640 припадало цеховима. То је питање уредио Основни закон о немачком занатству из 1731. г. који је у Аустрији, као земаљски закон, уведен у правни живот 1732. г. Он ће више од једног века представљати основу аустријског законодавства у материји коју уређује. Закон је задржао цехове

као установу, али им је забранио ограничење броја мајстора, као и броја калфи код једног мајстора. Поред тога, мајсторски испит је био подвргнут правилима, а било је забрањено и монополско одређивање цена. Политика привредне реформе и либерализовање заната наставило се и за владе Марије Терезије и Јосифа II.

Деветнаести век који ће донети прекретницу у заштити потрошача, почео је и у Аустрији идејама либералног капитализма. За њихову слику писац ће узети мисао славног Цајлера, које у коментару аустријског Грађанског законика каже да „суд није у служби благостања”, већ да му је задатак да „свакоме, без обзира на сталешке и имовинске разлике, пресуди право”. Друштвени развитак ће, међутим, оспорити нека од основних начела либерализма. Аустријски капитализам се развијао спорије од западноевропског, али је довео до, у основи, истих кретања у друштву. Дошло је до пораста радиности и масовне производње, као и до напуштања села и пољопривреде. Тај се процес лагано одвијао и још 1910. г. пољопривредом се бавило 53% запослених у Аустрији. Кодификација трговачког права у немачким земљама, са почетка шездесетих година прошлог века, још увек није обраћала пажњу на заштиту потрошача. Писац наводи да је заштита потрошача у Аустрији у деветнаестом веку почела да се развија на иницијативу самих потрошача. На предстражи је био управо најсиромашнији и најугроженији део потрошачког круга. Тако је 1856. г. у Доњој Аустрији основан Узајамни потпорни савез фабричких радника. Покрет за оснивањем потрошачких друштава је настављен и 1865. г. било их је, у аустријском делу царства, 24, а до 1913. г. та ће бројка нарасти на 1469.

Аустријска привреда је била захваћена депресијом између 1873. и 1896. г. Привредна криза је убрзала процес концепције капитала. Појава великог броја картела захтевала је законодавчево мешање и нацрт аустријског закона о картелама из 1894. г. који је био први у Европи. У другим законодавним областима Аустрија је заостајала. Писац ће приметити да су развијене европске државе већ дуго имале законе о животним намирницама, када се Аустрија спремала да такав закон донесе. Доношење Закона о животним намирницама 1896. г. означава почетак модерног законодавства о заштити потрошача. Тај закон је урађен по страним узорима и радништву није пружио добру заштиту. Ипак, он је донео неке новине, као нпр. тзв. „заштиту потрошача од себе самог”: продавац робе са маном морао је да упозори купца на недостатак и није могао да се ослободи ове обавезе, чак и ако је недостатак био очигледан”. Године 1896. донет је и Закон о оброчном плаћању. Тај закон је, како писац

истиче, делимично ограничио начело слободе уговарања, начелом заштите потрошача. он је предвиђао „заштиту кушца од себе самог” јер је по чл. 4. став 1. тога закона купац могао да се позива на прекомерно оштећење чак и онда „када је знао праву вредност робе или када је изјавио да ће ствар преузети по ванредној цени из нарочите наклоности”.

Развитак заштите потрошача настављен је у Аустрији у првој половини двадесетог века. У скици тога развитка коју писац даје, најважнија су питања картела одређења цена, промета животних намирница, оброчне отплате и уређења привредне утакмице. Посебну пажњу ће писац обратити покушају оснивања Потрошачке коморе, чији би задатак био заступање потрошачког интереса у снабдевању најважнијим производима, надзор над образовањем цена, као и инспекција и примена технике и науке у корист потрошача. Проблем ове замисли представљало је демократско представништво у комори, јер су у широком смислу речи, сви људи потрошачи, чак и предузетници. Зато је предлагано стварање потрошачких удружења која би била чланови коморе. Овај предлог, чији су носиоци били социјалдемократи, пропао је 1920. г. са изласком његових протагониста из коалиционе владе. Доције грађанске владе нису износиле такав предлог.

О раздобљу између 1938. и 1945. г. писац ће навести само две чињенице да је, уместо аустријског, проглашено важење немачког Трговинског законика и да је уведен немачки закон о рабату. За приказ овог последњег писац ће узети његов чл. 6. који забрањује одобрење готовинског попуста неким облицима појединачне трговине, као нпр. робним кућама и потрошачким удружењима. То је била нацистичка норма чији је циљ био да погоди „јеврејске робне куће и политички лево настројена потрошачка удружења”.

Аустријско право је, после 1945. г., наставило развитак модерне потрошачке заштите. Једну од најзначајнијих новина представља оснивање Паритетне комисије, новелом Закона о ценама од 21. маја 1958. г. Главни задатак комисије је надзирање цена. У комисију улазе представници индустријске и земљорадничке коморе, аустријске радничке скупштине и Савеза синдиката, као и заинтересовани предузећа. Значај и улога комисије непрестано су расли. Њена овлашћења су се односила у почетку само на случај повишења цена у читавој бранши или предузетничкој групи која има владајући утицај на тржиште, да би доцније била проширена и на случај када таквог утицаја нема. Године 1961. донет је нов Закон о оброчном плаћању, који је модернизовао кредитне односе: уместо непосредног одобравања кредита купцу од стране продавца, све више се прелази

на финансирање купца од стране банака. Писац истиче да поменути закон има пионирску улогу у упоредном праву, утолико што забрањује менично обезбеђење купчевог кредита. Године 1979. донет је и посебан Закон о заштити потрошача, који једним делом ствара ново, посебно приватно право потрошачких уговора, а другим делом новелира поједине законе, као нпр. Грађански законик, Трговински законик, Закон о грађанском поступку и Закон о извршењу. Закон о заштити потрошача се заснива на учењу о ограниченој трговачкој пословној способности потрошача и представља, по пишчевом мњењу, завршну тачку у области приватно-правне заштите потрошача.

Драгољуб М. Поповић

Георг Вилхелм Фридрих Хегел: „ПРАВНИ И ПОЛИТИЧКИ СПИСИ”, Нолит, Београд, 1981. ст. 304, у преводу Олге Кострешеве

Књига „Правни и политички списи” садржи три Хегелова рада: „Расправе Земаљско-сталешке скупштине Краљевине Виртемберг, 1815. и 1816.”, „О енглеском предлогу Закона о изборној реформи” и „Природно право и наука о држави”, као и критички предговор Алексе Бухе: „Апоретика Хегелове политичке филозофије” (ст. 9—38). Прва два Хегелова текста („Расправе...” и „О енглеском предлогу...”) спадају у политичке списе које је писао упоредо са својим систематским филозофским радовима, док трећи, „Природно право и наука о држави”, представља „праоблик”, прву верзију, његове „Филозофије права” из 1821. г. Сва три рада нам данас служе свестранијем осветљавању Хегелове политичке филозофије. У овом њиховом приказу ћемо се држати редоследа датог у књизи, који није ни хронолошки, ни вредносни.

„Расправе Земаљско-сталешке скупштине Краљевине Виртемберг, 1815. и 1816.” (ст. 39 — 151) настале су 1817. године. У овом спису Хегел износи своје виђење расправа вођених поводом Предлога (новог) Устава који је пред виртембершку Сталешку скупштину изнео краљ Фридрих II 1815. године. Поред интерпретације и оцене самог Устава и дебата, рад садржи и низ анализа конкретних друштвено-историјских (не)прилика тога доба и низ теоријских ставова поводом конкретних питања.

Пре но што је изложио садржину Устава, Хегел се укратко осврнуо на постојеће друштвено, политичко и духовно стање и објаснио неопходност овог Краљевог корака, изјашњавајући се против формалног, привидног уставног континуитета који би био остварен враћањем старог Устава (што би представљало „обману свога народа” — ст. 44; сличан став се налази и у „О енглеском предлогу Закона о изборној реформи”, ст. 159). Уставна повеља, о којој је скупштина требало да се изјасни, имала је два дела: први „Земаљско-сталешки устав” и други,

под називом „Опште одредбе које се односе на устав краљевине и на права и обавезе краљевских поданика.” Хегел је укратко и делимично изнео садржину оба дела (ст. 47, 48 и 65), али је потпуније претресао само неке одредбе:

1. Устав у целини оценио је као либералан и неизмерно значајан, јер се показује да „се државно право очистило од привилегија и сазрело у принципе”, насупрот „домаћим и страним уставима, нарочито старовиртембершким, којима су често народна права, прикривена и обогољена у привилегијама и партикуларитетима, ограничена и претварана у двосмислена, чак често у сасвим празан привид.” (ст. 48).

2. Расправљајући о демократском принципу, односно о онима који су изузети од права да буду бирали у Скупштину, Хегел сматра да, без обзира на примере Француске и Енглеске, државне чиновнике не треба изузимати, јер ће „бити мање оних који ће у сталешку скупштину моћи да унесу знатан увид и искуство у општим пословима”, поготово што су међу онима који долазе у обзир за избор — адвокати, и власници добара и обртници — први „везани у првом реду за принципе приватног права, поврх тога *позитивног* (ово и све до краја истицао Хегел), који су супротни принципима државног права, наиме разумног права”, а другима је „први, *директни* циљ *приватност* њиховог поседа”, те ће са „смислом за приватни интерес” као посланици „доћи са жељом да *што мање дају и учине* за општу ствар (ст. 49—52 и сл. до 56; о лошем утицају приватног интереса Хегел говори и у „О енглеском...” ст. 157).

3. Хегел се залаже за ограничено активно и пасивно бирачко право (насупрот Нацрту — бар у његовој интерпретацији). Наиме, он сматра да старосни и имовински цензус за активно и нешто виши старосни цензус за пасивно бирачко право представљају „француске апстракције”, „атомистичке, демократске, па чак и анархистичке принципе *упоједињавања*”, „демократски, непрописан облик учешћа народа у општим пословима” јер се „грађани јављају као изоловани атоми”, а „народ уопште као расточен у некакву гомилу”, јер ови цезуси не гарантују „вредност бирача и изабраних”, а доводе и до незаинтересованости бирача, па ће се јавити потреба да бирачко право постане обавеза. (Сличан став и у „О енглеском...”, ст. 178—182). Решење је према Хегелу да се бирачи „укључују у државу као органске творевине”, које „у разубењој целини” државе „и сами представљају посебне подређене кругове”. Речју, Хегел је за стари корпорацијски систем, али „очишћен од привилегија и неправди” (ст. 57—60; о чисто аристократским владама — насупрот демократским в. и у „О енглеском...” ст. 158).

4. Са искључивим правом Скупштине да одређује порезе и одлучује о коришћењу прихода, тј. о расходима (како, то као

најзначајнију новину предвиђа Нацрт) Хегел се не слаже. Пошто је изложио историјат „буџетског” права у Немачкој, посебно у Виртембергу, закључује: насупрот енглеској нацији, дух немачког народа (и сталежа) је, због партикуларистичког историјског развоја, заглабљен у приватни интерес и себичност, те члановима Сталешке скупштине без утицаја владе не треба на овај начин омогућити да „утичу на рат и мир, на спољну политику уопште и на унутрашњи живот државе”, (ст. 60—63, иако се из овог не би очекивало, Хегел устаје против овог права парламента и у спису „О енглеском...”, ст. 183). Треба нагласити да је овакав Хегелов став само делимично последица његовог недемократског и непарламентаристичког настројења, већ је првенствено производ антипартикуларистичке оријентације и лоших историјских искустава Немачке.

5. Најзад, за одредбе другог дела Устава Хегел каже да се „не могу давати у изводу ни оцењивати” јер „говоре саме за себе и чине разумне основе државноправног стања”. То су нпр. одредбе о једнакостима: пред законом, у приступу свим државним службама, с обзиром на порекло и хришћанску вероисповест, у сразмерним наметима и дажбинама одређеним законом, као и права: на иселење, на избор сталежа и посла и на образовање итд. Ипак, он их је оценио рекавши да не би изненадило „да је сталешка скупштина подстакла на то да се ових 20 §§ окаче на таблама у црквама, утве у главу омладини која расте и унесу као стални чланови у школску и црквену наставу... Ова начела (због општости) чине само скицу за законодавство... Она представљају трајне регулаторе и за постојеће и за будуће и законодавство и владу и управу”. (ст. 65—66, сличан став о (не)једнакости изражава и на почетку чланка „О енглеском предлогу...”, ст. 155).

У другом делу овог списка Хегел износи ток расправа о Нацрту заузимајући ставове и објашњавајући поједина иступања, изложене аргументације и догађаје. У овом делу треба издвојити:

1. указивање на носиоце отпора: агнате, прелате, велику властелу и остале кнежеве и грофове — целокупно племство, чији је формални разлог одбацивања новог Устава — позивање на још увек важећи старовиртембершки Устав, а стварни бољи економски, политички и, уопште, друштвени положај који им он омогућава. „Независно управљање државном благајном земаљских сталежа,” водило је „стварању неке врсте суверене власти и растројавању државе”, јер „од власти те благајне до издржавања властите војске није велики корак”, а то им је омогућавало „да отежају, чак да коче ток развоја државе” (ст. 66—76). О овој теми, о злоупотреби политичких (не)при-

лика које сталежи чине да изнуде повластице за себе Хегел говори и касније (ст. 86), а слично и о носиоцима отпора у Енглеској у спису „О енглеском...”, ст. 156.

2. о примарности факата у односу на право. „Основна погрешка сталежа је што полазе од *позитивног права*, ... па право траже само из тог разлога што су га раније већ поседовали.” (ст. 76) „И стогодишње стварно позитивно *право*, с правом пропада када отпадне база која представља услов његовог постојања.” (ст. 78, а слично и у „О енглеском...”, ст. 156).

3. о примату природног (у Хегеловом систему умног) над позитивним правом. „У државном праву не треба признати као важеће ништа што се не може признати у складу са правом ума.” (ст. 77) „Често је понављано да се *права не могу изгубити*, да *стотину година неправде не могу да створе право*, а требало би додати: мада се стогодишња *неправда* свих тих сто година називала *правом*” (ст. 78; слично и у „О енглеском...”, ст. 156, 16).

4. о француској револуцији. С једне стране Хегел на више места осуђује „апстрактну идеју слободе” (не само у „Расправама...”, већ и у „О енглеском предлогу...” ст. 179—181, 186), али, с друге стране, каже: „На почетак француске револуције морали бисмо да гледамо као на борбу у коју је разумно државно право ушло са масом позитивног права и привилегија.” (ст. 77) Чини се да је Хегелов став афирмативан у оној мери у којој је француска револуција значила рушење феудализма, партикуларности и привилегија и успостављање јединствене државе, али и негативан према начину схватања и остваривања демократских принципа у тој новој, уједињеној држави.

5. о уставотворцима. Иако сматра да је „праведан и апсолутно ваљан захтев да народ сам провери устав који му је дат”, Хегел истиче да „искүство доказује да способност да направи устав најмање има оно што се назива народ (и најслободоумнији) и скупштина његових сталежа”, јер народ „нема своју вољу”, па су опуномоћеници (државни поглавари) када су стварали уставе „као основу њиховог важења узимали не народну вољу него божански или краљевски ауторитет”. (ст. 96—97).

6. о институцији писарства (ст. 119—134). Свестраним анализама (економским, правним, политичким, психолошким и др.) Хегел је указао на корене конзервативности овог сталежа и узроке његовог отпора новом уставу, па закључује: „... врло често неки средњи сталеж — ... као племство и грађанска писарска аристократија у Виртембергу — ... упорно остаје при привилегијама и монополима, па спречава, чак онемогућава остварење начела умног права и општег добра”.

7. о једнодушности одлука, смислу скупштине и опозиције. Једногласно донете одлуке, посебно уз ћутање — без дискусије, Хегел не сматра вредним, напротив. (ст. 82) „Сталешка скупштина и постоји зато да се не дела без већања, него да се пред народом и светом већа о интересима државе.” (ст. 83) „Ко год је икад размишљао о природи сталешке скупштине, а упознат је са њеном појавом, не може превидети чињеницу да без опозиције код такве скупштине нема ни спољашње ни унутрашње живости, да баш таква супротност у њој спада у њену суштину, у њену *оправданост* и да је она стварно конституисана те кад се у њој појави опозиција; без ње она добија вид само једне *партије* или чак некакве *гомиле*.” (ст. 83—84)

8. о разним тзв. „техничким” правилима рада скупштине:

а) потреби да се унапред одреди начин гласања и да се чланови упознају са њим (ст. 81)

б) о начину избора одбора скупштине (и манипулацијама при том) и о кумулацији функција (ст. 84)

в) о начину излагања у скупштини — Хегел је изричит противник *vota scripta*: „Дискутовањем се не може назвати читање разноврсних расправа једно за другим”, јер „тима се потпуно мења природа скупштине” (ст. 85—86)

г) злоупотреби права адресе и жалбе за пролонгирање дискусије, избегавање изјашњавања и одлагање одлучивања (ст. 95 и 114 и сл.)

Најзал, нешто о судбини самог Нацрта, који је био повод за сва ова Хегелова размишљања. Неприхватање Нацрта условило је формирање Одбора који је после 17 месеци сачинио у основи супротан Нацрт, о коме је скупштина такође избегла изјашњавање. После смрти Фридриха II, нови краљ је „одложио 6. децембра 1816. г. Скупштину до 17. јануара 1817. г. и она се разишла.” (ст. 151)

Преглед најзначајнијих Хегелових ставова у „Расправама Земаљско-сталешке скупштине Краљевине Виртемберг, 1815. и 1816.” указује да овај спис има изузетан значај за оне који се баве филозофијом, теоријом и историјом права, као и уставним правом, али и за све оне који се „амбициозније” баве било Хегелом било правом.

Други спис ове књиге, „О енглеском предлогу Закона о изборној реформи”, (ст. 153—193) написан је 1831. године. Временска разлика у настанку, тачније промењене друштвене прилике и нарочито промена атмосфере после увођења строге државне цензуре 1819. г. којом је онемогућена слободна наставна и научна делатност, вероватно су утицале на Хегелово „померање” ставова, одн. на њихову кристализацију. Предмет чланка је, како сам Хегел каже, кратак преглед гледишта која су изне-

та у парламентарним дебатама поводом овог законског Предлога. Пошто је изложио основне карактеристике енглеског изборног система и разлоге за његову промену, Хегел се посебно задржао на: неуспелим покушајима да се дође до уштеда у управи (ст. 162—164), за Енглеску карактеристичном порезу — десетку (ст. 164—168), властелинским правима (ст. 168—170) и праву на лов (ст. 170—171), да би потом прешао на анализу гледишта која се непосредно односе на Предлог (од 173. ст.). У чему је суштина овог Предлога, тј. изборних реформи? Чланови Доњег дома не би се више бирали по традиционалном територијалном принципу (уз имовински цензус од 40 шилинга пореза), већ би требало увести „општи принцип једнаког права свих грађана — уз опољашње ограничење на земљишну ренту од 10 фунти” (ст. 176). А какав је Хегелов став према овим изменама? Он се може наслутити с обизром на његове ставове о истом питању у Нацрту нововиртембершког Устава. Иако оштро осуђује куповине посланичких места и поткупљивање бирача (ст. 156—158, 176—178) и остваривање тзв. великих интереса у Парламенту тим нечасним начинима, дакле, осуђује постојећи изборни систем, као и старе привилегије аристократије које он пружа, Хегел сматра да Предлог није добар, јер премален утицај појединачних бирача и имовински цензус не дају гаранције ваљаности избора, већ само случајно могу резултирати избором оних који познају општи државни интерес. А то је у енглеским условима, са slabим монархом и, уопште, малим утицајем владе и управе, посебно лоше (ст. 183—184, 188—189). Пошто смо на ова и друга питања која је Хегел овим поводом разматрао детаљно указали у приказу „Расправа...”, истакнимо посебно још само две мисли, јер, чини се, изузетно репрезентују и сумирају Хегелове политичке идеје, као и противречности које оне носе и у које се заплићу:

„Уколико би овај предлог Закона... отворио тим начелима... пут у парламент а тиме и у средиште управне власти, ... борба би могла бити утолико опаснија што између интереса позитивних привилегија и захтева реалне слободе не би стајала никаква виша сила која би их заустављала и међу њима посредовала, будући да монархијски елемент овде нема ону (довољну — Ј. Х.) власт... Та друга власт би могли бити народ и опозиција која... би могла бити заведена тако да у народу потражи своју снагу и тада, уместо реформе изазове револуцију.” (ст. 182—183, слично и на ст. 176—177)

„Признаје се нужност покорвања законима, али кад га захтевају власти, то јест, кад се захтева од индивидуа, оно се јавља као супротно слободи; власт да се заповеда, разлика између те власти, заповедања и покорвања уопште противна је јед-

накости; нека маса људи може себи дати назив народ, и то с правом, јер народ је та неодређена маса; али од ње се разликују органи власти и чиновници, уопште припадници организоване државне власти, и тако се јављају у светлу те неправде да су изашли из једнакости и стоје насупрот народу, који је у тој бескрајној предности што га признају као суверену вољу. То је тај екстрем противречности у чијем кругу се врти нација којом су овладале ове формалне категорије.” (ст. 191—192) Мисли се на једнакост и слободу.

И док се за Хегелове предрасуде према демократији може наћи историјско оправдање у конкретним друштвеним условима Немачке, за неразумевање и предрасуде у погледу енглеског конституционализма (ст. 160, 171—173, 186—187 и др.), то се не може учинити. Отуд можда и реске оцене енглеског политичког уређења и њихово, за овај спис карактеристично, накнадно ублажавање.

Вероватно су природе предмета и самих написа учиниле да у ова два списка сретнемо сасвим новог Хегела, чији су теоријски ставови „само” последица бројних социолошких, историјских, психолошких и др. анализа, Хегела са сасвим другачијим начином излагања (не хегеловки систематичног) и сасвим другачијим језиком од оног у његовим систематским филозофским делима, Хегела који иронише, исмева или се љути, прговара (нпр. ст. 123, 128 и др.).

Трећи рад, „Природно право и наука о држави”, чине Хегелова предавања 1818/19. г. на берлинском Универзитету према забелешкама Карла Густава Хомајера (ст. 195—304). Он садржи посебну претходну напомену са драгоценим информацијама о белешкама — начину на који су настале и њиховом творцу, Хомајеру, као и о аутентичности Хегела у њима, а сачинио ју је вероватно (није назначено) Карл-Хајнц Илтинг, један од најзначајнијих савремених истраживача Хегелове политичке филозофије, који је ове забелешке први пут објавио и из чијег издања потиче и овај превод. Ово дело је најтеже приказати, јер је основни ток мисли већ одавно познат и у потпунијем виду из „Филозофије права” из 1821. („Основне црте филозофије права”, Сарајево, 1964. у преводу Данка Грлића), а дати фина поређења, анализирати их и објаснити превазилази циљеве приказа. Посебну тешкоћу представља „нејединственост” текста: основне ставове Хегел је диктирао у виду параграфа, док је објашњења тих ставова Хомајер у великој мери скраћивао. Упркос томе, изложићемо у најкраћем садржину дела, а потом свој став само о најбитнијим контраверзним проблемима, став који се унеколико разликује од онога у предговору А. Бухе.

Познато је, по Хегелу: „Циљ сваког правног устројства је слобода” (ст. 209). Тежња за слободом је основни покретач

развоја, који је код Хегела напредак, одн. одвајање духа од природе и његово самоизграђивање дијалектичким превладавањем противречности. После природног стања неслободе, произвољности и силе, јавља се средње стање коме припада и позитивно право, стање које је мешавина права и силе, умног и неслободе. У овом стању идеја (слободне) воље се развија из сфере апстрактног права преко сфере моралитета до сфере обичајности. У сфери апстрактног права слободна воља је непосредна и појединачна и као таква омогућава да се одреде: појединац као лице, затим посед и својина, па прелажење својине заједничком вољом, тј. уговор и најзад, супротстављање посебне воље, одн. повреда права (неправо). У сфери моралитета слободна воља се јавља као субјективна и стога се односи према другим, чиме омогућава одређење предумишљаја (и кривице), затим добробити и намере, као и њихових општости: добра и савести. Јединство непосредне слободне апстрактног права и унутрашње слободне моралитета даје супстанцијалну слободу у обичајности, у којој она није нека оностраност, део „треба да“ света (као у моралитету), већ стварност, пошто је дошла до самосвести. Обичајна супстанција, стварни дух једног народа (обичајни дух) развија се из непосредног природног стања — породице, њеном негацијом, распадањем у грађанско друштво (чији су узрок потребе појединаца, а циљ безбедност својине и интереса), да би се у јединству породице и грађанског друштва развила у државу-завичај стварне самосвесне слободне. Идеја државе се јавља као појединачна држава у односу на саму себе — унутрашње право (које сачињавају: кнежевска власт, управна власт и законодавна власт), затим као појединачна држава у односу према другима — спољашње државно право и, најзад, као јединство у тоталитету држава — светска историја, у којој се идеја појављује као општа и апсолутна моћ у односу на појединачне државе.

Чини се да овај „Праоблик“ не одступа — не само у основи — од „Филозофије права“ из 1821. г. Он је несумњиво значајан за праћење развоја Хегелове политичке мисли која се, природно, мењала са променом друштвених околности, али не суштински. Изгледа да је проблем више у интерпретаторима који јој нису прилазили развојно, већ су је петрифицирану апсолутизовали и тако завршавали у крајностима. Прво, о стварности и умности. У „Праоблику“ Хегел каже: „Тако филозофија сазнаје да се може догодити само оно што је умно, ма колико се чинило да се спољашње појединачне појаве томе опирају“. Овај став не само да не противречи поставци изреченој на истом месту у „Филозофији права“ из 1821. о умности свега стварног и стварности свега умног, већ напротив, овај други представља

само другачију, „елегантну” форму исте мисли коју су интерпретатори драстично апсолутизовали да је још Хегел у својим последњим предавањима морао сам да је протумачи (в. Предговор ст. 18—19). Друго, о улози монарха. Да би се схватила промена положаја монарха у Хегеловој политичкој филозофији, важно је истаћи две њене битне и константне вредносне (идеолошке) оријентације које су изузетно утицале на њено идејно (теоријско, филозофско) уобличавање и одређење места и улоге осталих, изведених чинилаца (међу које спада и монархова власт). То су снажно противљење, с једне стране, феудалном партикуларизму (и привилегијама које он носи), а са друге стране либералистичкој демократији (и превласти парламента коју носи парламентаризам). Чини се да се Хегелова политичка мисао развијала између ове две — Сциле и Харибде. У „Праоблику” Хегел се залаже за конституционалну монархију, што је у складу са целокупним његовим системом. При том је важно нагласити да тај термин нема данашње значење. За Хегела је „ум извор природног државног права” (ст. 98 и 214), што значи устава и извора права у данашњем смислу, а сагледавање немогућности да се ова идеја оствари, да ум буде извор конституционалне монархије, вероватно је, поред, наравно конкретних историјских околности, утицало на померање става у правцу апсолутизма у „Филозофији права” из 1821. Будући да је и сам осећао недостатке оваквог решења, Хегел је овај став касније ублажавао, али сам проблем није могао разрешити на свом мисаоном хоризонту ограниченом својима Сцилом и Харибдом. Ништа мање хегеловски, иако различити, нису ни ставови о задацима филозофије изражени у „Праоблику” и у „Филозофији права” из 1821. Док идеја није постала стварност, филозофија је требало да је открива и да указује на неправу у форми права. Но, кад је она постала стварност (у пруској држави), филозофији је остало само да је спознаје. Ипак, интерпретатори би требало без злурадости да признају да је ову своју велику заблуду из 1821. Хегел сам уочио врло брзо.

У поређењу ове две верзије Хегелове политичке филозофије вероватно да ће примат и убудуће имати „Филозофија права” из 1821., али се њено потпуније разумевање и релативовање неких ставова не може замислити без њеног драгоценог „Праоблика”, „Природног права и науке о држави” — предавања из 1818/19. г.

Као и први спис „Правних и политичких списа”, за очекивати је да ће и други привући пажњу историчара права и теоретичара уставног права, али и филозофа и теоретичара права уопште. За ове друге и, наравно, не само за њих трећи, чини се, најважнији спис ове књиге, има највећи значај.

Ласминка Хасанбеговић

Gustav Radbruch: „ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА”, Нолит, Београд, 1980. Стр. 293. (*Gustav Radbruch: „Rechtsphilosophie”. Achte Auflage, Stuttgart, F.K. Koehler Verlag 1973*). Предговор др Стеван Врачар, превод Душица Гутеша.

Немачки правни писац Густав Радбрух присутан је већ деценијама у европској научној мисли, у којој су признати његови теоријски ставови и допринос теоретичара, научника и универзитетског професора. Овај писац припада генерацији правника која се оформила на прелазу из 19. у 20. век, на богатом наслеђу правно-филозофских праваца који су настајали и смењивали се у Немачкој. На оформљење његових теоријских поставки имали су утицај и два светска рата, криза и пад Немачке у којој је нацизам уклањао и онемогућавао делатност критичним мислиоцима какав је био и Радбрух. Управо он је био први професор универзитета коме су нацисти 1933. године забранили да обавља наставнички позив. Укупан број Радбрухових радова није тако велики као код неких других писаца, али његов допринос теорији државе и права сврстава га у ред значајних теоретичара. Упркос овој чињеници, Радбрух није довољно познат ширем кругу наших читалаца, нити је систематски превођен. Потврда за то је што његово капитално дело добијамо тек сад.

Радбрух је у својим делима разматрао основна питања правне теорије: однос државе и права, проблем јавног права, социјалну садржину и значај права, посебно се бавио историјом кривичног права. Своје најзначајније дело, „Филозофију права”, штампао је 1932. године. Ово дело није великог обима, али на садржајан начин разматра предмет, значај, улогу и место филозофије права у систему права и у друштвеној пракси. Аутор је дао систематско дело, које се састоји од општег и посебног дела. У општем делу утврђује улогу и место права, затим основне правце филозофије права, однос права и друштвених норми (морала и обичаја), основне принципе логике правне науке. Посебни део посвећен је разматрању појединих правних института и њиховој улози са аспекта филозофије права.

Радбрухов однос према предмету и циљу изучавања филозофије права је критички; већ у кратком уводу он истиче

свој став: „радије би студенте упознао са оним *како* него *шта* у филозофији права, мање би желео да их веже за резултате, а више да их упути у правно-филозофско мишљење”. Дело које је писано као уџбеник, по својој систематици и основној замисли треба да задовољи основни педагошки захтев. Својом књигом Радбрux је постигао даљи циљ: показао је да систематски изложена материја филозофије права чини основу и систем вредности правне науке, постицај пракси и допринос изградњи и даљем развоју правни и друштвене културе.

У првом, општем делу, који се састоји од петнаест одељака, Радбрux је најпре утврдио основни проблем: поставио је предмет (појам филозофије права) и утврдио свој однос према праву. Он право сматра за вредност, и као таквог разматра са свих аспеката — као предмет праксе, теорије и правног система. Писац је поставио питање смисла и циља права, који види у три основне вредности: одржању поретка, законитости и правичности. Циљ и сврха права није нека апстрактна карактеристика која постоји за себе, већ карактеристика историјских друштвених промена чији је израз и саставни део право. Циљ и сврха права постоје уколико се поставља питање сврхе друштвених промена и њихових носилаца, и тек овим питањима филозофија права добила је своју историјску садржину и смисао.

Радбрux је поставио питање односа права и стварности, при чему је оценио допринос свих новијих система филозофије права, укључујући и марксистичког, разматрању овог сложеног питања. Он поставља питање сврхе и циља постојања права, како у односу на појединца као правног субјекта — грађанина или органа власти, тако и на друштвену праксу. Циљ филозофије права је да утврди у којој мери право може да буде примењено у пракси, какав однос постоји између основне замисли ствараоца права и њеног живота у пракси, као и у повратном смислу, како право утиче на своје творце и тумаче. Ако је право друштвена вредност, и то не апстрактна вредност, већ вредност настала у историјским друштвеним процесима, онда и само право заснива одређену хијерархију вредности: право има циљ (сврховитост), као највиши циљ има привачност; она је највиши циљ и домет права. Ову идеју писац је развио у својој књизи и показао, како на опште-теоријском плану, тако и на појединим посебним питањима да је правичност основна идеја правне филозофије и науке, и историјска садржина развоја друштва и промене правних система. Дијалектички однос између права и правичности често је веома сложен и испреплетан, што је Радбрux назвао односом „престабилисане хармоније”. Из ове дијалектике настао је, према Радбруховом схватању, методски дуализам и релативизам:” За методско сазнање, дакле,

важи да се нормативни ставови могу само дедуктивно изводити из других нормативних ставова, а не индуктивно заснивати на чињеницама о бићу” (стр. 19).

Филозофија права за Радбруха није само систем сазнања и идеја; она је покретач друштвених промена, и као таквој јој припада значајно место у друштвеној пракси; „Не воде идеје борбу интереса још једном у облицима као Валкире над бојиштем, оне, напротив, као хомеровски богови силазе на бојно поље и боре се, будући да су и оне саме творевине силе, раме уз раме са осталим силама. Ако је правна филозофија с једне стране политичка страначка борба, транспонована у сферу духа, онда се с друге стране политичка страначка борба појављује као величанствена правнофилозофска расправа. Све крупне политичке промене припремала је или пратила правна филозофија. На почетку је била правна филозофија, на крају револуција” (стр. 20).

Радбрух је изнео своје схватање задатка правног филозофа: он треба да реконструише систем вредности, да утврди један релативно хомоген скуп вредности које су међусобно усклађене, и на тај начин олакша задатак правног практичара, у првом реду судије и других тумача права. Овако радикално схваћен појам и улога филозофије права не односи се само на њен предмет, већ на правну праксу. Густав Радбрух није развио сопствену теорију, али је својим критичким ставовима потврдио да је противник конзервативног опредељења школе природног права. Прави циљ и смисао филозофије права он је видео у развоју, у могућности промена и настојању на друштвеним променама којима може да допринесе правни филозоф посебним инструментима и могућностима које му даје филозофија права. Иако није поставио своју филозофију права, Радбрух се определио за јасно дефинисане правне циљеве и вредности: право мора бити умно, у Кантовом смислу, да би задовољило циљ законодавца и потребе друштва. Радбрух је имао у виду дикрепанцу која може да настане између правне државе и права. Злоупотребе права морају да буду ограничаване, ако не спречене, деловањем права не само као регулативног инструмента, већ као културног чиниоца у успостављању правних вредности и развијању правне свести грађана. Право не постоји као скуп датих норми, већ настаје у процесу сталног преиспитивања у пракси.

Радбрух анализира однос између умног и правичног, који нису синоними, нити у пракси морају бити усклађени; могуће је и постојање сукоба између њих, што је Радбрух поставио као једну од могућности развоја и стварања потпунијег система права. Јер правда је празна категорија, којој се у одређеном

систему и пракси може давати различити садржај, а апстрактни правни приступ, који индивидуу узима у обзир само у њеном најапстрактнијем својству, захтева одређене моралне критеријуме и квалитете у примени права: „Правно осећање, дакле, захтева хитар дух, који је у стању да се промени из нечег посебног у нешто опште и из тог општег опет у нешто посебно. Борца за право карактерише једна својеврсна мешавина интелектуализма — који је једини у стању да нешто што је појединачно уздигне на степен општости и да тако доноси суд о његовој праведности, и страсти — која је једина у стању да апстрактну идеју правде опет испуни делотворним пламом индивидуалног живота” (стр. 134).

У свим теоријским питањима и у практичној примени права, Радбрух поставља једну основну идеју, идеју правичности која као нит повезује цео правни систем са свим његовим институтима у целини. Правичност као вредност садржана је у суштини правног система, омогућујући не само постављање вредносних правних норми, већ и њихово конституисање као принцип изграђивања друштвеног живота. Радбрух поставља филозофију права у средиште динамике друштвених промена. У тим променама он види могућност провере основних правних принципа и начела, њихову примену и утицај на промену друштвених односа.

„Филозофија права” Густава Радбруха је дело које има вишеструк значај, а утицај на даљи развој мисли у овој области превазилази време и актуелне друштвене односе када је ово дело настало. У ужем смислу, Радбрухова студија даје допринос теоријској правној мисли синтетичким приступом и идејом о праву као резултату сукоба интереса и идеја, што је прогресивно схватање и подстицај за даље развијање посебних дисциплина. Ово дело обогаћује не само теоријска сазнања, већ омогућује компаративизам на једном подручју које тражи висок ниво методолошко-теоријског приступа, као и способности теоријске оцене резултата до којих је наука дошла. Радбрухова књига задовољава све ове критеријуме на високом нивоу. У ширем смислу, „Филозофија права” Густава Радбруха представља допринос као издавачко опредељење у нашој средини. Нова библиотека издавачког предузећа „Нолит”, која обухвата дела из области права и филозофије, треба да омогући приступним многа значајна, а досад непреведена дела страних теоретичара. Дела која су досад штампана, као и она која издавач најављује, показују да класична теоријска литература из ових дисциплина није била довољно преводена и доступна нашим читаоцима. У садржајном предговору др Стеван Врачар истакао

је допринос Густава Радбруха, а превод Душице Гутеше омогућио је да прецизност одређења појмова и образложења још више буду истакнути. Расправе из области филозофије права одређене су својим предметом, писане на доста тежак начин који отежава њихово схватање просечном читаоцу. Радбрухово дело писано је добрим стилем, који задовољава и одређене естетске критеријуме што доприноси његовој научној вредности.

Дубравка Стајић

*мр Зоран Томић, асистент
Правног факултета у Београду*

О ПРАВИЧНОМ КОЛОКВИЈУМУ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ И УНИВЕРЗИТЕТА ПАРИЗ
И (PANTHÉON-SORBONNE)
— Париз, 20-25. IX 1982. —

На позив Универзитета Париз I (Panthéon-Sorbonne) у Паризу је, у оквиру већ традиционалне сарадње два универзитета, боравила делегација Правног факултета Универзитета у Београду учествујући на Другом француско-југословенском правничком колоквијуму од 20-25 IX тек. године.

Југословенску делегацију сачињавали су, поред Проректора Универзитета професора др Александра Бокића, професори Правног факултета у Београду: др Војислав Симовић, др Владимир Јовановић, др Јелена Даниловић, др Предраг Шулејић и др Миодраг Орлић — као и асистент мр Зоран Томић, у својству секретара.

Домаћини нашој делегацији били су: професор Jacques Soppelsa, Ректор Универзитета Париз I, професор Claude Albert Colliard, директор U. E. R. (Unités d'Enseignement et de Recherche) Développement, Etudes internationales européennes et comparatives и госпођа Michéle Alliot-Marie (Maitre Assistante).

Тема Колоквијума односила се првенствено на „јавне службе” у Француској и Југосливији, затим на однос „јавног поретка и уговора, посебно уговора о осигурању и уговора о раду... У вези ових и са њима повезаних питања били су припремљени реферати.

Са југословенске стране презентирани су следећи реферати: „Преображаји јавних служби у југословенском праву”, професор др Павле Димитријевић (у његовој одсутности суштину реферата је сажето изложио професор др Војислав Симовић); „Уставне основе развоја елемената јавних служби у Југославији”, професор др Војислав Симовић; „Обављање активности које имају обележја јавних служби у југословенском праву”, професор др Владимир Јовановић; „Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора”, професор др

Слободан Перовић (због његове одсутности реферат је, уз одговарајући историјски осврт, укратко изложила професорка др Јелена Даниловић); „Јавни поредак и уговор о осигурању у југословенском праву“, професор др Предраг Шулејић.

Обиман реферат професора Димитријевића — „Преображаји јавних служби у југословенском праву“ покушава да одговори на централно питање: да ли данашње југословенско право познаје појаве које се обично означавају као „јавне службе“? Констатује да у периоду 1946-1950. термин јавна служба није био коришћен у позитивноправним текстовима и да се у стручној литератури заузимао став да је теорија јавних служби, као творевина буржоаског права, страна социјализму. У периоду од 1950-1963. године израз „јавна служба“ употребљаван је у више правних прописа за означавање вршења различитих општезначајних делатности, „од стране друштва односно под његовим непосредним утицајем“. Карактеристично је за овај период да се јавне службе разумеју првенствено као активности које се састоје у непосредном вршењу услуга корисницима, при чему се између њих и самих вршилаца оваквих делатности успостављају, по правилу, односи међусобне равноправности (а не односи власти). Дакле, проглашавање одређених делатности за јавне службе није било везано за признавање прерогатива власти њиховим носиоцима. У другом делу овог периода, у настојању да се процес „демократизације“ прошири и на државне органе — што је значило да се успоставља јачи друштвени утицај и на њихов рад — проширује се представа о јавним службама тако да се и рад државних органа (посебно органа управе) почиње да третира као вршење јавне службе. У периоду од 1963-1974. из позитивних прописа нестаје израз „јавне службе“ због чега је већина правних писаца тврдила да оне и нису више институт југословенског права, док су неки били склони да сматрају да су оне и даље остале „и ако у суженом обиму“. Појављују се нови изрази, односно „категорије“: „делатности од посебног друштвеног интереса“ и „организације и заједнице које врше јавна овлашћења“. Делатности од посебног друштвеног интереса (као такве одређене специјалним законима) изражавају идеју појачане друштвене контроле над одређеним, за друштво нарочито значајним активностима, које су обављале искључиво вандржавне структуре, што је у исто време значило ограничење самоуправљања у њима. Категорија „организација и заједница које врше јавна овлашћења“ начелно је сматра аутор, одвојена од претходне што не значи да се дотичне „прерогативе власти“ (тј. већа права) нису могле, додуше изузетно, поверити и организацијама које обављају делегатност од посебног друштвеног интереса. Додељивање јавних овлашћења

представља, према томе, други — супротан пут (у односу на појачан друштвени утицај ограничењем самоуправљања у организацијама које врше делатност од посебног друштвеног интереса) — да би се осигурало правилно обављање рада у општем интересу. Исте концепције развијају и данас важећи уставни прописи. Анализирајући наше позитивне законске текстове којима је регулисано вршење делатности у општем интересу, професор Димитријевић закључује да се ту може уочити више различитих и разнородних „правних режима”. Отуда, ако јавну службу схватимо као нешто што се противставља вршењу власти и што представља самосталну правну категорију (чији је конститутивни елеменат особен правни режим), о њој југословенском правном систему, по мишљењу професора Димитријевића, не може бити говора.

Рад професора Симовића — „Уставне основе развоја елемената јавних служби у Југославији” — подељен је на два дела. У првом, већем, дати су уставни оквири еволуције „елемената јавних служби” у нашој земљи. У другом су кратко размотрене две категорије савременог уставног права СФРЈ: (1) обављање делатности од посебног друштвеног интереса и (2) вршење јавних овлашћења од стране одређених недржавних организација и заједница. У реферату су „осветљене” основне фазе нашег уставног и политичког развитка после другог светског рата и њихов утицај на појаву и варирање схватања о јавним службама у југословенским условима. О јавним службама се у теорији позитивним прописима почело говорити после уставних промена од 1953. Установљавају се „друштвене службе” у области културе, просвете, здравства, социјалне заштите и других непривредних делатности које, по дефиницији, задовољавају општи друштвени интерес. За идеју јавне службе у периоду до 1963. године, везиван је и рад државних органа и тзв. самосталних установа. Уставна реформа од 1963. године, мада начелно укида разлике између привредних и непривредних делатности, задржава појачани утицај друштва на обављање одређених друштвених, па и неких привредних активности. Долази до успостављања „делатности од посебног друштвеног интереса”. Ту професор Симовић види значајне „елементе јавних служби”. Одвојено од овога створен је институт „вршења јавних овлашћења од стране самоуправних организација и заједница”. Аутор даље подробно анализира важеће уставне одредбе (савезне и републичке) које се односе на поменуте категорије.

У југословенском праву постоје извесни облици обавезног удруживања организација, преко којих се обезбеђује јавни интерес у функционисању одређених делатности. Такви облици удруживања називају се „заједнице” и њима је посвећен

реферат професора Владимира Јовановића — „Обављање делатности које имају обележја јавних служби у југословенском праву”. Аутор уочава да се поменуће заједнице „могу упоређивати са јавним службама, како по делатностима у којима се организације удруженог рада обавезно удружују у (ове) заједнице, тако и по садржини јавних овлашћења односно регулаторних одлука које ове заједнице доносе”. Постоје две врсте „заједница”: заједнице организација удруженог рада и самоуправне интересне заједнице материјалне производње. Федерација је својим законима основала три заједнице организација удруженог рада: Заједницу југословенске електропривреде, Заједницу југословенских железница и Заједницу југословенских пошта, телеграфа и телефона. У питању је обавезно удружење оних радних организација чија средства рада чине технолошке целине и чија је делатност од посебног интереса. Самоуправне интересне заједнице материјалне производње су облик удруживања организација удруженог рада из материјалне производње и корисник њихових производа и услуга. До сада је дошло до стварања таквих заједница у комуналној делатности, енергетици, водопривреди, саобраћају и економским односима са иностранством. Закључујући своје излагање, професор Јовановић констатује да „југословенско право не познаје тзв. јавне службе, и ако (је) у извесним послератним периодима развоја, југословенског правног система било покушаја њиховог увођења”. Обављањем делатности од посебног друштвеног интереса и законски обавезним удруживањем одређених организација и заједница остварује се, у Југославији, у начелу они исти циљеви који се постижу „јавним службама” у замљама где оне постоје.

У свом реферату — „Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора” професор Перовић разматра различита теоријска и упоредноправна решења, да би и сам дао дефиницију јавног поретка. Објашњава да се јавни поредак не може изједначити са правним, нити друштвеним поретком. „Јавни поредак је скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које странке у својим односима морају поштовати. „Аутор наглашава да, примењено на материју облигационих уговора, јавни поредак представља „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и каузе уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати”. У погледу предмета уговора, забрана се некада изриче због постојања различитих својинских режима, а нскад произлази из саме природе ствари коју треба

предати, односно радње коју треба извршити. Теорија забрањене каузе, пак, води рачуна о мотивима странака. И југословенска судска пракса, примећује аутор, у многим је случајевима, заштићујући правне или моралне норме, изрицала санкцију ништавности са позивом на недозвољену каузу уговора. Ништави уговори — противзаконити и неморални — разуме се, не производе правна дејства и суд на њих пази по службеној дужности. Професор Перовић даље посебно обрађује питање дејства уговора код којих су само неке одредбе противне јавном поретку и питање позивања на ништавност самих уговорних странака. Што се тиче овог последњег проблема, наш Закон о облигационим односима начелно предвиђа три могућности: (1) примену правила *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; (2) повраћај у пређашње стање; (3) одузимање предмета уговора у корист надлежне општине. Свестрана оцена чињеничног стања, као и оцена битних елемената предвиђених Законом у овој области јесте важан и одговоран задатак суда.

„Јавни поредак и уговор о осигурању у југословенском праву” наслов је реферата професора Предрага Шулејића, Он приказује, најпре, особен положај осигураника у нашем праву. Осигураник је, с једне стране, лице које управља средствима и пословима осигурања, а са друге, истовремено у позицији уговорне стране у уговору о осигурању, те се тако у његовој личности стичу својства и осигураника и осигуравача. Аутор полази од јавног поретка као система друштвених норми (правних и моралних) које уговорне стране у својим односима морају респектовати, при чему су границе слободе уговарања у југословенском праву постављене уставним начелима, принудним прописима и правилима морала социјалистичког самоуправног друштва. Истиче променљивост јавног поретка, али и његову нужну усклађеност са принципом правне сигурности. Утицај јавног поретка на уговор о осигурању је веома снажан, како у погледу заснивања ових односа, тако и код њиховог дејства. Анализом настајања уговорних односа обухваћени су: (1) услови прихватања ризика у осигурање — ту се говори о елементима ризика, о осигурању од одговорности и о осигурању лица; (2) закључивање уговора о осигурању — професор Шулејић разматра обавезу прихватања понуде за закључење уговора и обавезу прихватања околности од значаја за оцену ризика. Захтеви јавног поретка морају бити уважавани и при извршењу уговора о осигурању — нпр. обавеза осигураника да предузме мере за спречавање наступања осигураног случаја или обавезе предузимања мера у циљу спречавања повећања већ настале штете. На крају овог рада наводе се неки карактеристични

случајеви утицаја јавног поретка у појединим врстама осигурања.

Француска страна се представила са два општа реферата: професор Gérard Timsit (директор 1^е U.E.R. за „Јавну управу и унутрашње јавно право“) — „Ширина и начин регулисања јавног сектора“ — и професор Jacques Chestin — „Општа теорија уговора и заштита потрошача“.

Реферат професора Timsit-а заслужује посебну пажњу јер третира питања ширине (простора) и начина регулисања заједничких послова — актуелне проблеме организације и функционисања јавних служби. Дилеме везане за јавне службе су веома озбиљне, вели аутор. Оне почивају на двострукој дистинкцији: „јавног“ и „приватног“, али и „државног“ и „јавног“. Па ипак, усклађивање заједничких послова тј. вршење јавних служби једино је овлашћен да „преузме“ држава. Тиме се „јавно“ донекле приближава „државном“, тако да криза државе (о којој се већ дуго и доста пише) истовремено значи кризу јавних служби. „Интегрална држава“, каже професор Timsit позивајући се на Грамшија, обухватањем „политичког друштва“ (оличеног у јавној власти и принуди) и „грађанског друштва“ (оно што називамо „приватним“) било би, чини се, излазак из поменуће кризе. У том оквиру и јавне службе напуштају искључиво коришћење државних метода. Варирање подручја регулисања јавних служби — сужавање или проширивање — непосредно утиче и на модалитете управљања њима. У основи сужавања регулисања заједничких послова налазе се идеје о сложенем односу „даваоца услуга“ (бироа) и „корисника услуга“ (тржишта). При томе неки писци стављају акценат на унутрашњу организацију и уређивање послова „бироа“, а други на екстерне односе јавних служби. Први теже једној специфичној саморегулацији и координацији. Други инсистирају на суштинском сужавању домена јавних служби. Залажу се за динамички однос државе и тржишта, за укидање извесних врста јавних служби, што опет доводи до својеврсне „филијализације послова“ и појачаног кретања јавног капитала. Са друге стране тече процес ширења регулативе заједничких послова. Ово је изазвано, констатује аутор, одређеним политичким и међународним факторима. Говори се о „једној држави мање“ („un Etat moins“) — држави тудору, држави која ограничава — али и о „држави више“ („un Etat plus“) — држави планеру, инвеститору, банкару... У питању је јачање њене економске, унапређујуће улоге. Трострука дијалектика — „јавног“ и „државног“, ширине и начина регулисања, као и заједничких послова и јавне службе — јесте битно обележје француског

модела администрације, закључује професор Timsit. То је модел релативне интеграције, модел равнотеже.

Поднета су и три саопштења: „Начини управљања јавним службама”, професор Jean Gicquel: „Утицај јавног поретка на уговор о закупу стана”, професор Jean-Pierre Gridel: „Јавни поредак и уговор о раду”, професор Phillippe Langlois. Задржаћемо се на прилогу професора Gicquel-a.

Професор Gicquel полази од „радне дефиниције” јавне службе: делатности у општем интересу чији је носилац јавно тело (управе), а чије је вршење регулисано посебним правилима. Први део рада аутор посвећује разматрању различитих правних облика управљања јавним службама. Он их дели на класичне (традиционалне) и нове облике. У класичне облике управљања јавним службама убраја: (1) „директно управљање (la régie directe) — овде јавним службама руководи држава непосредно, те оне не располажу никаквом самосталношћу (лишене су сопственог правног субјективитета); (2) „јавна установа” (l'établissement public) — јавне службе се прилагођавају децентрализацији, одвојене су од управне хијерархије; (3) „концесија” (la concession) — јавно тело уступа управљање јавним службама приватној особи (концесионару), који се обавезује да је обавља о свом трошку и ризику, наплаћујући своје услуге од корисника. Нове форме управљања замишљене су кроз давање одговарајућих инструкција „јавним предузећима” или приватним фирмама, како би се укључили у националну и међународну конкуренцију. Професор Gicquel нарочито обрађује три овакве категорије: (1) „la société commerciale”; (2) „la société filiale”; (3) „groupe public” („друштво јавних друштава”, „holding”). Други део саопштења односио се на правила о управљању јавним службама. Аутор подвлачи да је тај режим мешавина јавноправних и приватноправних елемената. Партикуларизам (тежња ка самосталности) јавних служби, који из претходног резултира, испољава се у структуралном и функционалном виду.

Све изложене реферате и саопштења пратила је веома жива и занимљива дискусија, у оквиру које је указивано на сличности и разлике између француских и југословенских правних решења. У дискусији су, поред референата, са југословенске стране учествовали професор др Борислав Благојевић и професор др Миодраг Орлић, а са француске професор Claude Albert Colliard, професор André Tunc, професор Gérard Conac (директор U E R. за политичке науке), професор Havier Blanc-Jouvan, госпођа Michèle Alliot-Marie (Maitre Assistante) и други.

Радне седнице Француско-југословенског правничког колоквијума одржаване су у Центру за историјска и правна ис-

траживања („Centre Malher”) и у Ректорату париске Академије („Salle des actes”).

Југословенска делегација је имала прилику да, поред Универзитета Париз I (Panthéon-Sorbonne) посети Сенат, Уставни савет (где се упознала са организацијом и функционисањем овог специфичног тела), Националну библиотеку, као и центар „Beaubourg”.

У разговорима који су се односили на будућу сарадњу истакнута је потреба за њеним настављањем на пољу правне науке, али и шире. Констатација професора Colliard-а да „les juristes ne sont pas les impérialistes”, изражава идеју да за сарадњу не треба да постоје границе ни између земаља, ни између научних дисциплина.

Пријем на који смо наишли и контакт са француским колегама у Паризу, уверили су нас поново у традиционално и чврсто француско-југословенско пријатељство.

*мр Зоран Тамић, асистент
Правног факултета у Београду*

САВЕТОВАЊЕ „О ОДНОСИМА ИЗМЕЂУ САВЕЗНИХ ОРГАНА УПРАВЕ И ОРГАНА УПРАВЕ У РЕПУБЛИКАМА И АУТОНОМНИМ ПОКРАЈИНАМА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ИЗВРШАВАЊЕ САВЕЗНИХ ЗАКОНА И ДРУГИХ ОПШТИХ АКАТА” (Београд, 23. 4. 1982. године)

Савезни секретријат за правосуђе и организацију савезне управе — Завод за унапређење савезне управе и Институт за упоредно право организовали су, 23. IV 1982. године у Београду, саветовање „О односима савезних органа управе и органа управе у републикама и аутономним покрајинама са посебним освртом на извршавање савезних закона и других општих аката”.

Овом саветовању су присуствовали и на њему учествовали: савезни секретар за правосуђе и организацију савезне управе, републички и покрајински секретари за правосуђе, организацију управе и законодавство, чланови радне групе Одбора за друштвено-политичке односе Савезног већа Скупштине СФРЈ, научни радници са факултета и института, као и представници савезних, републичких и покрајинских органа управе и управних организација.

Отварајући Саветовање проф. др Владимир Јовановић, директор Института за упоредно право, истакао је да је сврха Саветовања да размотри институционалне оквире и нормативни аспект односа савезних органа управе и органа управе у републикама и покрајинама, да уочи и објасни проблеме у њиховом остваривању, а посебно да анализира ове односе у процесу извршавања савезних закона и других општих аката.

Уводно излагање дао је Ласло Ковач, помоћник савезног секретара за правосуђе и организацију савезне управе.

Саветовање је било подељено на два дела: у првом су изложени пријављени реферати и кореферати, док је у другом вођена дискусија.

1. У свом реферату „Облици сарадње савезних и републичких органа управе”, професор др Иван Мечановић, потпред-

седник Извршног већа Сабора СР Хрватске, посматра ову сарадњу као важан елемент заједништва у СФРЈ. Он констатује да су могућност, па и обавеза сарадње доста широко у нашем Уставу. Анализира, посебно, главне облике ове сарадње: Координациону комисију Савезног извршног већа — институционализован облик сарадње предвиђен Законом о основама система државне управе, и међурејубличке комитете. Налази да се слабости рада ових последњих огледају првенствено у: а) деловању практично на темељу „једне алтернативе”, чиме се осиромашује дотични проблем; б) једноставним анализама које се дају уз предлоге; в) непостојање континуитета у раду — дешавало се да се о истом питању, на појединим седницама међурејубличких комитета, представници исте рејублике различито изјашњавају. Ове слабости су се нужно одражавале на процес усглашавања ставова између рејублика, те доводиле Координациону комисију СИВ-а у позицију „резервне институције”, која разрешава нерешена питања са међурејубличких комитета. Професор Мецановић наводи и друге могуће облике сарадње савезних и рејубличких (покрајинских) органа управе. Сам предмет сарадње је доста разуђен — разматрање стања у одговарајућим областима, предлагање доношења или измене појединих прописа, учешће у припреми, закључивању и доношењу појединих друштвених договора и самоуправних споразума, утврђивање и спровођење заједничке политике у извршавању прописа, вршење управног надзора, припремање, доношење и спровођење подзаконских аката и друго.

Реферат професора др Борћи Цаце, члана Извршног већа Собрања СР Македоније и рејубличког секретара за правосуђе, био је „Одговорност Савезног извршног већа за спровођење утврђене политике и за извршавање закона и општих аката Скупштине СФРЈ”. Говорећи о одговорности СИВ-а према Скупштини, професор Цаца разматра: а) одговорност СИВ-а за спровођење политике коју утврђује Скупштина и б) одговорност за извршавање закона и општих аката Скупштине. Одговорност СИВ-а према Скупштини манифестује се на различите начине: кроз извештаје СИВ-а; путем постављања питања поверења СИВУ-у; подношењем и претресањем интерпелација; кроз делегатска питања; у виду политичке као и правне контроле над прописима које доноси. Може се стећи утисак, констатује аутор, да се у пракси питање одговорности СИВ-а не покреће, те да се његова одговорност не остварује. Ово је, највећим делом, последица чињенице да одговорност СИВ-а пред Скупштином СФРЈ није, до сада, довела до политичке санкције одговорности — разрешења по основу изгласавања неповерења. Практика Скупштине, међутим, показује да су коришћени различити други

облици одговорности СИВ-а. Разлог што питање поверења СИВ-у није постављено је у томе што „није било основних и ваљаних разлога за то, јер (су) пропусти у раду СИВ-а... нису представљали неспровођење политике и неизвршавање закона, других прописа и општих аката Скупштине, већ су били последица околности које, или нису могле бити предвиђене, или нису биле довољно предвиђене или у процесу договарања република и покрајина и споразумевања у удруженом раду, чији су стварни носиоци извршна већа република и покрајина, нису постизане сагласности или су оне постизане са закашњењем”.

Професор др Славољуб Поповић је изложио свој реферат „Овлашћења Савезног извршног већа и савезних органа управе за доношење прописа ради извршавања савезних закона и других прописа и општих аката”. Аутор на почетку разматра различите поделе савезних закона (према томе ко одговара за њихово извршење, ко их непосредно извршава, да ли се њима у потпуности регулише нека материја или се само утврђују начела и основе за регулисање). Затим говори о „извршним прописима СИВ-а”, посебно се задржавајући на уредби, као најважнијем општем акту овог органа. Што се тиче савезних органа управе, они извршавају савезне законе (друге прописе и опште акте) само када су за то изричито овлашћени Уставом. У вршењу те своје „функције” доносе одговарајуће подзаконске опште акте — правилнике, наредбе и упутства. Односи савезних органа управе и органа управе у републикама и покрајинама почивају на темељним принципима односа ширих и ужих друштвенополитичких заједница у југословенској федерацији. То су односи међусобних права и дужности, првенствено сарадње, утврђени уставним и законским прописима. При обезбеђењу спровођења савезних закона, других прописа и општих аката за чије су извршење одговорни савезни органи, а које непосредно извршавају органи управе у републикама и покрајинама, савезни органи управе (и савезне организације) имају према њима посебна овлашћења: тражење података и обавештења о извршавању поменутих правних аката; издавање обавезних инструкција; вршење супституције у погледу извршавања одређених управних послова (у предвиђеним ситуацијама)...

„Односи између савезних органа и органа у републикама и аутономним покрајинама у остваривању нормативних функција федерације” био је реферат Љубомира Прљете, помоћника председника Савезног комитета за законодавство. Реферат углавном обрађује однос Савезног извршног већа и савезних органа управе са републичким и покрајинским извршним органима, односно са републичким и покрајинским органима управе у вези доношења тзв. извршних прописа. Бавећи се питањем

односа савезних, републичких и покрајинских органа у припремању савезних закона, аутор полази од чињенице да највећи број тих аката предлаже СИВ а припремају их савезни органи управе. Ту је сарадња органа управе различитих друштвенополитичких заједница једно од основних правила и услов за квалитетан предлог. С обзиром да органи управе у републикама и аутономним покрајинама, по правилу, извршавају савезне законе (друге прописе и опште акте), упућенији су у односе који су предмет регулативе, па могу са пуно компетентности да изналазе и предлажу права решења. У реферату су подробно анализирани и односи савезних и републичких (покрајинских) органа управе извршавања савезних закона. Овде је значајно разликовање савезних закона, и то по два основа: 1) да ли их доноси надлежно веће Скупштине СФРЈ самостално или уз сагласност републичких и покрајинских скупштина и 2) да ли су за њихово извршавање одговорни савезни органи или органи у републикама и аутономним покрајинама.

Нецмудин Алагић, републички саветник у Извршном већу Скупштине СР Босне и Херцеговине, поднео је реферат под насловом „Извршавање савезних закона, других прописа и општих аката“. Он, између осталог, предочава два основна типа недостатака функције извршења који се одражавају на остваривање законодавног концепта у нашем систему. Први се односи на чињеницу да „овлашћења за доношење извршних прописа у једном броју закона нису јасно одређена, што отежава израду спроведеног прописа, јер нису довољно прецизирана одређења која питања и у којим оквирима треба да буду регулисана спроведбеним прописима“. Други, органи управе (савезни, републички, покрајински) нису донели већи број подзаконских прописа иако су били овлашћени и дужни да то ураде. Ово практично значи пропуштање ближег уређивања законских регулисаних односа, као и начина поступања органа и организација који учествују у законодавном процесу. Тако нпр. савезни органи у области саобраћаја нису донели 85 прописа, а у области пољопривреде 24 прописа (период 1978—1980. г.).

Реферат Радмиле Нешић, самосталног саветника Завода за унапређење савезне управе, „Сарадња Савезног извршног већа и извршних већа република и покрајина у предлагању закона и доношењу подзаконских аката“, подвлачи онај вид ове сарадње који се остварује кроз договоре (и друштвене договоре) одговарајућих органа република и покрајина и СИВ-а на основу посебних закона. Примећује да се такви договори споро закључују, да су често неприпремљени, да се нацрти враћају на дораду и сл. Застој у договарању и друштвеном договарању директно је повезан са доношењем интервентних закона и преду-

зимањем привремених мера. У реферату су обрађени и улога, као и оцене о досадашњем раду међурејубличких комитета.

Др Коста Чавошки, научни сарадник Института за упоредно право, изложио је реферат „Односи између федералне владе и државе чланица у извршавању федералних аката (упоредни преглед)”. Он на почетку констатује да је начело поделе надлежности између федералне владе и федералних јединица једно од основних обележја федерализма и обавезни предмет уређивања сваког федералног устава. Познато је да се ова подела не може јасно и до краја спровести, те су у пракси спорови око овог питања релативно чести, посебно приликом извршавања федералних прописа. Федерални уставни „познају”, као један од најзначајнијих принципа ових односа — принцип супрематије федералног поретка, тј. „супрематију аката федералне владе унутар делокруга који јој је уставом додељен” (нпр. уставни САД, Аустралије, СР Немачке, СССР). Супрематија значи вишу правну снагу и првенство примењивања федералног устава и федералних закона у односу на прописе држава чланица; такође пречу правну обавезу суда и других органа као и грађана да се понашају по њима, чак и онда када тиме долазе у сукоб са прописима сопствене федералне јединице. Југословенски устав из 1974. г. (за разлику од оних из 1946. и 1963.) не садржи ово начело. Чланом 207. став 3. Устава предвиђено је да ће се, ако је рејублички односно покрајински закон у супротности са савезним законом, применити привремено, до одлуке уставног суда, рејублички одн. покрајински закон, а ако су за извршавање савезног закона одговорни савезни органи — савезни закон. Тиме су, по тумачењу др Чавошког, савезни и рејублички (покрајински) закон постављени као равноправни. Аутор сматра да су многе слабости у извршавању савезних закона последица тога што савремени југословенски устав не даје примат (и прече право примене) савезном закону у односу на рејублички (покрајински). Даље следи излагање о судској контроли уставности. Примећује се да су у југословенској пракси савезни органи врло ретко покретали спор пред уставним судом ради поништавања одговарајућих аката рејублика и покрајина за које сматрају да су у супротности са Савезним уставом и савезним законима. Аутор говори и о установи федералног надзора, чија је основна сврха обезбеђивање успешног извршавања федералних аката. На крају реферата дат је упоредноправни осврт на тзв. федералну оданост (лојалност).

Кореферате су изложили: Златинка Лековић (Савезни завод за статистику) — „Утицај правних прописа на јединствено спровођење програма статистичких истраживања од интереса за целу земљу” и Борислав Бркић (Савезни завод за статистику).

стику) — „Развој система финансирања радних заједница које обављају послове за органе управе путем увођења слободне размене рада као предуслова за ефикасније прилагођавање статистичког система потребама удруженог рада”.

2. Из дискусије професора др Николе Стјепановића из двојили бисмо део о односу између савезних и републичких (покрајинских) закона. Полазећи од већ изнете констатације да у нашем савезном Уставу нема начелне одредбе о супрематичности савезног законодавства, мишљења је да је савезно законодавство ипак „јаче”, јер републички и покрајински закони не могу да буду у супротности са савезним законом (чл. 207. ст. 2. Устава СФРЈ). Међутим, савезно законодавство, сматра проф. Стјепановић, није по претпоставци јаче, будући да коначну реч при оцени уставности (законитости) има уставни суд.

Дискусија мр Мићуна Поповића односила се на неколико група питања: дисперзију извршења, међурепубличке комитете, јавна овлашћења... Посебно је занимљив његов имплицитно изражен став да поверавање јавних овлашћења у нашем систему пре значи децентрализацију, еманацију власти, него подрштњавање послова.

Професор др Борислав Благојевић ипаче је начелну примедбу да наша саветовања „иду” сувише уопштено, да им недостају конкретни прилози, случајеви. Говорио је и о јавности рада у свим фазама у односима савезних органа управе и органа у републикама и покрајинама, код извршавања савезних закона.

У дискусији је учествовала и другарица Лековић, као и другови Митков, Вучинић, Госовић и Мацић.

3. Извршну функцију, као важан задатак извршних и управних органа у свакој федерацији карактерише сложеност. Ово се без остатка односи и на нашу „заједницу заједница”, у којој, у процесу извршавања закона и других општих аката, активно суделују органи управе свих нивоа — савезни, републички, покрајински, међуопштинских регионалних заједница, градски и општински. Законито и ефикасно обављање њихових „извршних послова”, нарочито оних којима се обезбеђује потребно јединство сложене државе и који због тога имају савезни значај, јесте *conditio sine qua non* њеног даљег развоја. Отуда је, чини нам се, централно питање ове материје у нашим условима — зашто се извршна функција не остварује онако како је нормативно уређено?

На њега је ово Саветовање, оријентишући се углавном на извршавање савезних прописа и општих аката, бар делимитично дало одговор и понудило извесна решења. У томе видимо и његов основни допринос.

Уредништво АНАЛИА моли своје сараднике да рукописе достављају откупане на машини са проредом и са довољно белине са стране. Примљене рукописе Уредништво не враћа.

АНАЛИ ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ излазе двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду“ у 1982. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин. 400.—
2. За појединце	„ „ 300.—
3. За студенте (редовне и ванредне)	„ „ 100.—
4. За један примерак	„ „ 80.—

Претплата за иностранство износи н. д. 500.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број
60803-740-030-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501